

SUMÁRIO

ENTREVISTA

DIRCEU DE MELLO

MÁRCIO MARTINS BONILHA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Alimentos na União Estável

EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA

A União Estável e seu Suporte Constitucional

OSCARLINO MOELLER

O Direito do Autor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Condomínio Fechado Horizontal

VENICIO ANTONIO DE PAULA SALLES

DIREITO CONSTITUCIONAL

Terço Salarial no Art. 7º da CF – Exclusão dos Juízes Aposentados

NELSON PINHEIRO FRANCO

A Consociação entre os princípios da Irretroatividade e da Anterioridade da Lei Tributária

MARIA LUIZA VIANNA PESSOA DE MENDONÇA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Interrogatório, Confissão e Direito ao Silêncio no Processo Penal

GUILHERME DE SOUZA NUCCI

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNITÁRIO E MERCOSUL

Estado Nacional e Jurisdição Supranacional

ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS

DEBATE

Mobilização da Justiça para a Cidadania

ANTONIO CARLOS VIANA SANTOS, MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA, WALTER CENEVIVA,
DRAUSIO BARRETO, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Abertura do Ano Judiciário de 1997

JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO

O Estado, a Reforma Agrária e o Pontal do Paranapanema

BELISÁRIO DOS SANTOS JÚNIOR

Planejamento para a Justiça

NELSON SCHIESARI

Eles e Nós

MANUEL ALCEU AFFONSO FERREIRA

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO PAULISTA

O Tribunal de Justiça de São Paulo após o advento da República

JUSTINO MAGNO ARAÚJO

CADERNO LITERÁRIO

Quando meu pai nasceu – CAETANO LAGRASTA NETO

A volta – CAIO GRACCHO BARRETO JÚNIOR
Banco dos réus - AFONSO NNES DE SENA
Relatório da Ausência – JOSÉ NAPOLEÃO TAVARES DE SOUZA
Um Homem e sua dor – ADAUTO SUANNES

ENTREVISTA

DESEMBARGADOR DIRCEU DE MELLO

Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Na sua visão de administrador, qual o problema mais grave do Poder Judiciário Estadual na atualidade?
Os problemas mais sérios são aqueles ligados ao acúmulo de processos aguardando distribuição no Tribunal, o que, evidentemente, exige um reexame da questão de competência do Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Alçada, para que o problema possa ser resolvido. A segunda questão que me parece bastante preocupante é relacionada com a falta de juízes no Estado de São Paulo. Atualmente, esta falta chega de 600 claros na magistratura.

O Sr. Teria de imediato alguma sugestão para que esses problemas fossem resolvidos?
A questão da falta de juízes esta relacionada com a o recrutamento de magistrados. Uma saída séria é reformulação no sistema de concurso. É aí que temos, então que colocar nossos esforços para que esta deficiência seja superada. No tocante ao acervo de processos nos vários tribunais para efeito de distribuição, parece que a solução tem que ser definitiva, ou seja, de ordem legislativa.

Qual a saída para o aperfeiçoamento do sistema de concurso ao ingresso na carreira da magistratura?
Chegamos a uma situação bastante aflitiva com a falta de juízes. O que podemos fazer? Sacrificar as exigências no que diz respeito ao plano cultural? Isso não é possível porque devemos contar com juízes bem preparados. No tocante à investigação acerca da honorabilidade do juiz, aí não pode haver transigência nenhuma. Essa pesquisa tem que ser rigorosíssima. Então, qual a saída? Quem sabe no que diz respeito à avaliação, à aferição os conhecimentos do juiz, talvez possa haver uma flexibilização. Mas estou pensando em voz alta, gostaria de meditar um pouco mais sobre o assunto. Talvez pudéssemos olhar isso com uma tolerância um pouco maior. O que verificamos? Sou professor universitário há muitos anos e o que eu noto é que antigos alunos que no tempo de faculdade pareciam tão poucos capazes, ao ingressarem na advocacia, no Ministério Público ou na magistratura crescem de maneira surpreendente. Quem sabe neste terreno da avaliação dos conhecimentos, da parte teórica, se fossemos um pouco mais flexíveis, talvez conseguíssemos os resultados desejados. Porque no tocante à parte prática, contamos com a Escola Paulista da Magistratura.

Qual a sua opinião sobre os cursos desenvolvidos pela Escola?
Os cursos são muitos bons. A Escola está bem estruturada e administrada. Claro que toda e qualquer situação que envolve o trabalho humano pode ser aperfeiçoada, mas isso vemos nos constantes esforços da Escola Paulista da Magistratura.

Como o Sr. vê o estabelecimento das súmulas vinculantes?
A súmula vinculante tem vantagens e desvantagens. Ela poderia, é claro, desafogar os tribunais, garantir um julgamento mais rápido, mas tem, também, um grande inconveniente que é conhecido de todos. Em certos determinados casos alcançados pela súmula vinculante, os juízes ficariam com a sua capacidade decisória limitada. A questão é polêmica. Eu, particularmente, tenho receio da súmula vinculante. Acho que a liberdade do julgador ditar as suas decisões é muito importante. Mas acredito que a solução teria, nesse ponto, que se situar no âmbito legislativo, com uma reformulação da legislação processual, tanto no campo Civil, como no Penal.

A experiência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, apesar de inexistir lei regulamentadora, tem atingido aos objetivos do legislador constitucional?
Uma providencia no campo legislativo acabou extraordinariamente útil na distribuição da Justiça, tanto cível como criminal. E a pergunta me permite até fazer uma ligação com as demais questões. A solução tem que ser no campo legislativo. E a prova esta aí, na criação dos Juizados Especiais. Não obstante, ainda não temos, no Estado de São Paulo, uma lei regulamentando esse assunto. É claro que temos a lei federal e, exatamente, por isso, os juizados vêm sendo exercitados com grande sucesso. A falta de uma regulamentação estadual suscita algumas dúvidas, como a relacionada com a autoridade policial, incumbida de examinar, no campo Penal, num primeiro momento, os problemas. Ainda não se estabeleceu se é autoridade militar ou civil que atuará. Na capital do Estado de São Paulo temos, ainda, a polícia metropolitana. Então, essas coisas precisam ser equacionadas pela lei estadual regulamentadora. Houve um primeiro projeto de regulamentação da lei estadual que a presidência do Tribunal encaminhou à Assembléia. Lá, várias sugestões foram oferecidas e, por ser uma lei que

envolve diversos interesses como o da Magistratura, do Ministério Público, das polícias civil e militar e, também, dos advogados, o projeto não atendia, a contento, a todos os segmentos. De sorte que o projeto foi retirado pelo Tribunal de Justiça. Mas essa regulamentação no plano estadual não está muito distante. Temos no Tribunal uma comissão, presidida por mim, que teve a incumbência de elaborar novo projeto, esperando que este conte com o apoio das entidades interessadas e, evidentemente, conte também com o apoio da Assembléia Legislativa. O trabalho já chegou ao seu final. Teremos apenas um última reunião para apreciar o esboço já definitivo, ensejando, assim, ao presidente, que encaminhe o projeto à Assembléia Legislativa para que, afinal de contas, tenhamos a lei regulamentadora.

Quais as conseqüências do uso abusivo das medidas provisórias como fator de denegação de justiça aos cidadãos?

Eu tenho um ponto de vista particular a este respeito. Se temos as medidas provisórias, é claro, alguma coisa está sendo subtraída ao Poder Legislativo, ao Congresso Nacional. De sorte que este é uma situação, evidentemente, anômala, não seria a ideal, alguma coisa não está andando bem para que isto aconteça. Mas é logo que diz respeito ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, sobretudo. E, diante de certas situações, é o Poder Judiciário que tem de aplicá-las e quem sofre as conseqüências das medidas felizes é a população. Com isso não quero dizer que todas as medidas sejam infelizes.

Mas o Judiciário não poderia ser mais rigoroso com relação essa questão?

O que o Poder judiciário pode fazer, diante de um caso concreto, é exercitar os poderes que a lei lhe confere. Então, através das decisões, vai manifestando seu inconformismo, procurando destacar os acertos e os desacertos, mas sempre na dependência de umas providências do Executivo e do Legislativo.

De que maneira será possível tornar as atividades do Poder Judiciário e de sua Corregedoria mais transparentes à comunidade?

É sabido que essa comunicação não é fácil porque os assuntos tratados pelo Poder Judiciário, na verdade, não interessam à grande maioria da população. Cito um exemplo. Se no horário nobre aparecer, digamos, alguém do tribunal para dar explicações, tenho certeza que o grande público não vai ficar sintonizado naquele canal. Este é um problema cultural, que vem lá de baixo, mas nota-se que a população começa a compreender e a concluir que já existem os Juizados, para pronta solução dos seus problemas. Neste momento, eles representam o esforço desta natureza. Mas, talvez, uma comunicação no rádio e na televisão, com enfoques rápidos mostrando à população como o Judiciário age, através de uma linguagem simples, direta e acessível, possa também ser utilizada.

O Tribunal de Justiça tem planos para interiorizar o atendimento e o apoio à primeira instância?

Esta preocupação sempre existiu. O Estado de São Paulo é pequeno, se consideramos a sua extensão territorial, mas é muito povoado. As comarcas são inúmeras, de maneira que esse trabalho tem que ser feito dentro do possível, mas acho que este esforço já vem sendo desenvolvido pelas presidências que já tivemos no Tribunal.

O Sr. Poderia citar algumas reclamações das primeiras instâncias?

Uma das principais é a falta de recursos materiais. Por exemplo, a informatização está chegando agora ao Tribunal e as comarcas do interior sentem esta deficiência. Há reclamações, também, com relação à falta de recursos humanos como escrevente, oficiais de justiça. Diante de certas situações, não é possível, é claro, fazer milagres, mas esse esforço tem sido desenvolvido.

É possível a imediata regulamentação do art. 86 da Constituição Paulista, quanto às questões agrárias?

O art. 86 prevê a instalação de juizados especializados. Isso me parece muito interessante. Assim como temos as varas da família, as especializadas em drogas, as que cuidam de crianças e adolescente porque não se estabelecer uma só para as questões agrárias? Afinal, o problema se tornou sério e deve ser tratado por um juiz especializado no encaminhamento do assunto.

Como o Sr. vê a questão no Brasil? É possível fazer uma reforma agrária séria?

Quanto a isso, acho que todos concordam. É um problema que envolve muitos aspectos, como o social, o político, o administrativo. Mas a primeira solução, decididamente, não toca ao Poder Judiciário. O Poder Executivo é o primeiro passo.

O Judiciário poderia contribuir instalando juizados especializados que pudessem examinar estes assuntos. Agora, o ponto de partida, são as medidas que tocam ao Executivo e ao Legislativo, porque sem uma providência de ordem legal, o que é que fazer o juiz?

As reformas pretendidas pelo Executivo, em especial as relativas à aposentadoria e previdência social dos magistrados, atendem às necessidades e dão segurança ao juiz e seus familiares?

Tanto não atende que existe uma intranquilidade geral. Os movimentos da nossa Associação em São Paulo, das Associações de outros estados e da Federal, além de entidades não ligadas à magistratura, têm entendido que essas reformas não vêm ao encontro dos interesses dos juizes, melhor dizendo, não vem ao encontro da Justiça. Em última análise, batem de frente com os interesses do país os conflitos entre Executivo e Legislativo, Executivo e Judiciário, Legislativo e Judiciário. Os três poderes precisam funcionar em harmonia para que os interesses maiores da Nação sejam atendidos. Decididamente não aprovo e acho que esses conflitos deveriam ser evitados.

E o Sr. vê uma luz no fim do túnel para a solução desses conflitos?

É possível. Parece que nosso país é abençoado, de maneira que vamos imaginar que a proteção divina não nos falte agora, porque os homens, infelizmente, algumas vezes têm falhado bastante.

Qual sua opinião sobre a retomada da Revista da Escola Paulista da Magistratura, em co-edição com a Apamagis?

Vejo de forma muito simpática e fiquei bastante entusiasmado. Foi uma iniciativa felicíssima, só posso tecer elogios à retomada da publicação.

Como avalia a primeira edição da Revista?

Gostei demais. Só lamentei não ter tido tempo para escrever um artigo, mas infelizmente não pude fazê-lo. Espero, logo mais, suprir essa falha.

ENTREVISTA

DESEMBARGADOR MÁRCIO MARTINS BONILHA
Corregedor Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo

Na sua visão de administrador, qual o problema mais grave do Poder Judiciário Estadual na atualidade?

Minha visão é de magistrado, não é a mesma do administrador especializado, mas a experiência adquirida ao longo da carreira de 36 anos de judicatura permite afirmar que o descompasso existente entre as exigências forenses da crescente litigiosidade e a realidade do deficiente aparelhamento judiciário constitui o problema atual mais angustiante do Poder Judiciário estadual, que precisa ultrapassar as barreiras da lentidão processual modernizar a sua atuação, para melhor distribuição da Justiça em relação a todas as camadas sociais.

O número insuficiente de magistrados e a precariedade dos recursos materiais explicam a caótica situação, por exemplo, do setor das Execuções Criminais, em todo o Estado, cuja descentralização já foi providenciada, e que é da maior relevância no contexto do problema carcerário. É preciso ultrapassar o rançoso ciclo do formalismo e ingressar definitivamente na era da atualização na informática, rompendo velhas práticas e anacrônicos costumes, o que exige profundas alterações nas leis processuais.

Qual, no seu entender, a razão de não se estabelecer a plena vigência do parágrafo único, do art. 61, da Constituição Estadual?

O preceito constitucional mencionado diz respeito à fórmula de composição do órgão Especial do Tribunal de Justiça.

A razão da inaplicabilidade da regra invocada decorre de decisão em sessão do Plenário, em 14 de março de 1990, por esmagadora maioria (apenas 2 votos contra), sob o entendimento de que a norma referida padece do vício de inconstitucionalidade, por não resultar de proposta do Tribunal da Justiça, em matéria de organização judiciária de sua competência.

A regra citada constitui produto de emenda que não se ajustava à diretriz traçada pela proposta do Poder Judiciário do Estado, operando-se intromissão indevida do poder Legislativo em questão reservada à competência do Tribunal de Justiça. Daí a rejeição desse critério eletivo, fixando-se, na ocasião, a orientação no sentido de que, no preenchimento de vagas, no Órgão Especial, seria aplicada a regra não revogada do art.99 da Lei Complementar 35/79, sob a égide do art. 96, I, da Constituição da República e do art. 125 da Constituição Estadual.

Isso não significa, contudo, que o critério seja imutável, afigurando-se razoável a renovação do debate sobre a matéria, para efeito de modificação do critério, *de lege ferenda*, a fim de que haja alternativa, no acesso de Desembargadores ao órgão Especial, pelos critérios de antiguidade e eleição, sem cogitação de mandato temporário, que seria nocivo para a estabilidade do órgão superior do Tribunal.

De que maneira será possível tornar as atividades do Poder Judiciário e de sua Corregedoria mais transparentes à comunidade?

Os atos do Poder Judiciário do Estado, particularmente as atividades da Corregedoria Geral da Justiça, devem ser marcadas pela mais absoluta transparência perante a comunidade, como decorrência das exigências do Estado de Direito, respeitadas as restrições estabelecidas pelo texto constitucional e pelas normas legais. Para esse fim, é indeclinável a aproximação do Judiciário junto aos meios de comunicação, o que será altamente salutar, para evitar distorções nas informações sobre as notícias forenses, levando ao povo o retrato fiel do real desempenho de suas funções, de suas realizações e de suas medidas corretivas, no campo censório-disciplinar, relativamente aos servidores forenses e aos titulares de serviços delegados extrajudiciais.

Na medida da extensão da transparência, o trabalho desenvolvido pelo Judiciário será mais conhecido e respeitado pela coletividade.

O Tribunal de Justiça tem planos para interiorizar o atendimento e o apoio à primeira instância?

A crise da Justiça não se limita à dramática situação dos Tribunais do Estado, com a invencível sobrecarga de milhares de processos, pois alcançou, também, a primeira instância, pelo impressionante crescimento do movimento forense, especialmente nas comarcas de 2ª e 3ª entrâncias, a reclamar urgentes medidas para evitar o colapso na prestação jurisdicional, dentre as quais, a instalação de novas varas e foros distritais, com reaparelhamento das já criadas. Dois fatores, contudo, se antepõem à concretização das providências necessárias: a falta de juízes e a carência de recursos materiais. Cumpre superar esses entraves, promovendo a máxima descentralização da Justiça, para que as comunidades do interior sejam contempladas com os serviços judiciários, que são essenciais para a garantia dos direitos individuais, para a tutela da liberdade e para a tranquilidade social.

O Sr. É favorável à terceirização de serviços do Poder Judiciário?

Vejo a terceirização de determinados serviços do Poder Judiciário como solução lógica para afastar o gigantismo da administração, no círculo e seus quadros próprios, com vistas à racionalização da atividade administrativa e ao aprimoramento de sua execução, como reflexo de tendência irreversível na Administração Pública, como, por exemplo, na implantação e desenvolvimento de sistemas de informática, para estabelecer a rede estadual de informação processual, de absoluta necessidade para a própria Justiça, para os advogados e o público em geral.

A experiência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, apesar de inexistir lei regulamentadora, tem atingido aos objetivos do legislador constitucional?

Lamentavelmente, a experiência dos Juizados Especiais das Pequenas Causas, e dos Juizados Informais de Conciliação, que proporcionaram real proveito à população carente, não teve continuidade, de forma mais abrangente, com a instituição dos Juizados Cíveis e Criminais, devido ao impasse criado com a falta de lei regulamentadora, no âmbito estadual. Mas, parcialmente, têm sido atingidos os objetivos do legislador constitucional, como na aplicação do direito material, no campo do Direito Penal. A inovação dos juizados, que constitui a medida prática de maior significado na vida judiciária, nos últimos tempos, não pode sofrer solução de continuidade, pelos notáveis benefícios proporcionados aos hipossuficientes. E a Justiça atuante junto ao povo.

Nesse capítulo, a despeito da ausência do diploma legal regulamentador, cumpre realçar a dinâmica atuação dos juízes paulistas, nesse setor, imbuídos do mais puro idealismo, com sacrifício pessoal, para cumprir a missão jurisdicional.

Quais, a seu ver, as conseqüências do uso abusivo das medidas provisórias e o estabelecimento das súmulas vinculantes como fator de denegação de justiça aos cidadãos?

O uso abusivo das Medidas Provisórias, que revela danosa concentração de Poderes em mãos do Executivo nacional, e extravasaria da permissão constitucional (arts. 62 e 84, XXVI, da Constituição da República), provoca situação anômala no cenário jurídico da nação, motivo pelo qual vem merecendo o repúdio de juristas, que não concordam com “o avanço do governo sobre as funções legislativas”, a que se referiu, recentemente, o Ministro José Celso de Mello Filho (Revista *Veja*, 5.3.97, pág. 9).

Por sua vez, a instituição das súmulas vinculantes, salvo em relação a certas matérias de direito previdenciário e tributário, com as exigidas restrições, representa verdadeira asfixia à criação jurisprudencial, mediante normatização perniciosa que afetará, seguramente, a independência dos magistrados, repercutindo na livre interpretação do direito, a dano dos que batem à porta da Justiça. Outros mecanismos para aliviar a plethora de recursos nos tribunais do país podem ser adotados, como melhor resultado, sem ofensa à majestade da Justiça e à autonomia dos magistrados.

É possível a imediata regulamentação do art. 86, da Constituição Paulista, quanto às questões agrárias?

Nada impede o debate a respeito da regulamentação, no que se refere à designação de juízes de entrância especial com competência exclusiva para questões agrárias, mas, desde logo, convém ressaltar que não é próprio, nem aconselhável, incluir no texto da Constituição matéria relativa à organização judiciária, em tema de competência reservada à iniciativa do Poder Judiciário.

Certamente, a falta de infra-estrutura humana e material necessário ao exercício dessa atividade jurisdicional (art. 86, § 3º, da CE) relegou a questão a segundo plano, mas cabe esclarecer que, no tocante ao julgamento de ações discriminatórias de terras, em nosso Estado, há designação de juiz certo, que por sinal, compõe o quadro de juízes assessores da Corregedoria Geral da Justiça, prestando relevantes serviços nessa atuação jurisdicional.

As reformas pretendidas pelo Executivo, em especial as relativas à aposentadoria e previdência social dos magistrados atendem às dificuldades e à segurança do juiz e seus familiares?

As malsinadas reformas pretendidas pelo Executivo, no âmbito nacional, relativas à aposentadoria e a previdência social dos magistrados, têm causado mal-estar nos círculos judiciários, provocando precoces aposentadorias, além de acarretar insegurança na atuação profissional de cada um e no recesso familiar, somando mais dificuldades à atribuída vida dos magistrados. Juiz não é servidor público: é agente público da jurisdição, sabido que o Judiciário é detentor de parcela da soberania nacional. Já se disse, e como acerto, que “tais reformas representam os mais ilimitados confisco de direitos, contra a generalidade dos trabalhadores, ativos e inativos, num perverso desrespeito às garantias constitucionais”.

É possível o aperfeiçoamento do sistema de concurso de ingresso na carreira da magistratura?

Perfeitamente. A última experiência ainda é recente, mas já produziu seus resultados. Esse setor de recrutamento de magistrados, de mais alta importância na vida da instituição, merece a máxima atenção dos órgãos diretivos do Tribunal de Justiça, especialmente, no tocante ao acompanhamento e orientação aos novos juízes, no período que antecede o vitaliciamento. Aliás, no VII Encontro

de Corregedores Gerais de Justiça), realizado recentemente em Recife, fui Relator de projeto de uniformização nacional de normas sobre a matéria, que está sendo objeto de análise pelo Colégio de Corregedores estaduais. O tema é extenso, mas a apertada síntese revela nossa preocupação com grave problema, que está intimamente ligado às exigências de melhoria do ensino jurídico no país.

Qual a sua opinião sobre os cursos desenvolvidos pela Escola Paulista de Magistratura?

É sumamente importante a realização dos cursos, tanto preparatórios como de acompanhamento de magistrados, verificando-se a oportuna retomada dessa atividade, sob a direção do Es. Nigro Conceição, com integral apoio de abnegados colegas, que contribuem para o aprimoramento da cultura jurídica dos juízes paulistas. Os cursos têm produzido excelentes resultados e a continuidade dessa tarefa é imprescindível, na vida judiciária, para elevar o padrão da atuação profissional. Cuida-se da complementação da formação do juiz de Direito. Várias medidas podem ser adotadas para atingir esse objetivo, no aspecto da profissionalização da Escola e na implantação de métodos de trabalho. A preocupação, nesse sentido, vem sendo manifestada pelos responsáveis, e os planos previstos pela direção da Escola justificam nosso otimismo, nesse particular.

Qual sua opinião sobre a retomada da publicação da Revista da Escola Paulista de Magistratura, em co-edição com a Apamagis?

A iniciativa merece aplauso, pois contribuirá para a manifestação do pensamento jurídico-cultural dos magistrados de São Paulo, e divulgação da respectiva participação, com a demonstração da “produtividade” dos operadores do Direito paulista, Des. José Alberto Weiss de Andrade, no editorial da Revista Número 0, ano I, idealizador da instituição. A parceria com a Apamagis é de vital importância para o êxito do empreendimento, fortalecendo a luta comum, para engrandecimento da magistratura.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

ALIMENTOS NA UNIÃO ESTÁVEL

Euclides Benedito de Oliveira
Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

O conceito de família sofreu radical transformação no vigente sistema jurídico nacional. Antes da Constituição Federal de 1988, entendia-se por família apenas a união formada através do casamento, abrangendo os cônjuges e seus descendentes (Constituição de 1977, art. 175, e Código Civil, arts. 229 e 231).

Com a nova Carta, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado mesmo que não formada através do casamento. Seu Art. 226, § 3º, considera como “entidade familiar”, digna daquela proteção, a união estável entre homem e mulher. E seu § 4º tem a mesma consideração para a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, ou Criança e do Adolescente.

Esse amparo do Estado à união estável entre homem e mulher, por se constituir em entidade familiar, é similar à proteção que se dá à família instituída pelo casamento, abrangendo o complexo de direitos de cunho pessoal – mútua assistência (alimentos), criação e educação dos filhos, e os de natureza patrimonial – divisão dos bens havidos durante o tempo de convivência (meação) e sua transmissão por morte (sucessão hereditária).

Indenização por Serviços Prestados

Antes da regulamentação dos direitos decorrentes da união estável (iniciada com a Lei 8.971), a obrigação alimentar restringia-se, conforme frisado em tópico anterior, às hipóteses de parentesco ou de casamento.

Não são parentes os concubinos, ainda que na situação mais confortável de “companheiros”. Nem se equiparam as pessoas casadas, tanto que o art. 226, § 3º, da CF, dispõe sobre a necessidade de Lei para facilitar a conversão da união estável em casamento.

Daí se entender, até a chegada da Lei 8.971, que não havia direito a alimentos entre pessoas unidas sem a roupagem oficial, em que pese à reconhecida possibilidade de assistência material por via indenizatória (serviços prestados), e ressalvadas as obrigações decorrentes de contrato (com liames obrigacionais – RTJ 101 / 323)¹.

Na doutrina, pontificava o mesmo entendimento, segundo o magistério de Yussef Said Cahali: “no estágio atual de nosso Direito, a obrigação alimentar decorre da relação de parentesco ou do casamento, a eles não tendo direito a concubina; o preceito contido no § 3º do art. 226 da CF 88 descartou, às expensas, a equiparação da entidade familiar ao casamento, pela remarcada proeminência que deu a este instituto, não bastando por si só para criar, a benefício da companheira, uma obrigação alimentar, descartada, pela sua forma de constituição e pelos efeitos jurídicos resultantes, pretensa equiparação entre o casamento e a relação concubinária, também os deveres que resultam de um ou de outra não se confundem, inviabilizando a criação alternativa, seja no curso da vida concubinária, seja após a sua dissolução, pela ausência de obrigação legal de mútua assistência e socorro”².

A favor dos alimentos, acórdãos isolados, como os oriundos dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (RT 657/20) e do Rio de Janeiro (Bol. AASP 1602/210).

Admitia-se apenas a cobrança de alimentos derivados de contrato, ou seja, por decorrência de vínculo obrigacional, sem relação com o direito de família. Por isso, os alimentos dessa espécie poderiam ser revistos, mas somente por acordo dos interessados. A revisão judicial só se admitia quando alteradas as condições substanciais da avença por fato imprevisível, não pelas razões que informam a revisão dos alimentos comuns (arts. 396 a 405 do CC).³

A concessão de alimentos a companheiros, nos termos das leis 8.971 e 9.278 constituiu evolução natural do pagamento pecuniário que os tribunais vinham reconhecendo, a título de indenização por serviços prestados.

Essa posição da jurisprudência visava compensar o parceiro em hipóteses de comprovada participação com seu trabalho, embora sem formação de patrimônio durante a vida em comum.

A situação clássica é a da mulher que se dedica por inteiro ao lar e à criação dos filhos, dando suporte material e moral às atividades profissionais do companheiro. Ou da que lhe serve de ajudante no comércio, secretária na empresa, enfermeira em relação ao médico etc., desinteressadamente, por amor, sem remuneração nem vínculo empregatício. A evidente utilidade dos serviços, sem outra contraprestação que a vida em comum, ocasionando benefícios a parceiro, reclama a devida compensação, a efetuar-se mediante pagamento indenizatório na ocasião em que dissolvida a sociedade de fato.

Antes do novo regime legal de alimentos, observava José Adriano Marrey Neto⁴ não serem cumuláveis os pedidos de partilha de bens e de indenização por serviços prestados, ambos com a mesma causa remota, embora diferenciadas as causas próximas de pedir. Porém, admitia a cumulação de pedidos sucessíveis, para que o juiz conheça e assegure ao autor o segundo, não lhe sendo possível deferir o primeiro.

Não mais subsiste esse tipo de indenização, em hipóteses de união estável, em fase dos novos direitos que já abrangem aquela reparação pecuniária, tais os alimentos e a meação nos bens adquiridos durante o tempo de convivência. Mas pode invocar-se o mesmo princípio indenizatório em casos excepcionais, e uniões que não se caracterizem como efetiva entidade familiar, pela falta de seus pressupostos básicos, mas ainda assim, configurem sociedade de fato entre concubinos, como na hipótese de envolvimento de terceiro com pessoa casada e não separada de fato.

O liame obrigacional que se cria nessas situações enseja acudimento jurídico, que se fará pela divisão dos bens havidos em sociedade (súmula 380 do STF), ou, se inexistentes, por intermédio da

indenização por serviços prestados. O mesmo se diga das situações de vida em comum extintas antes da entrada em vigor da LEI 8.971, e, por isso, infensas aos novos direitos instituídos nesta, bem como na Lei 9.278.

Na composição do valor indenizatório, não de ser levadas em conta as circunstâncias da vida em comum e, também, a reciprocidade na ajuda entre as partes.

Não há critério vinculativo do Juízo, mesmo porque genérico o conteúdo do pleito indenizatório, e sem base legal específica. Havia jurisprudência fixando período quinquenal. Ou salário mínimo por ano de serviço (RJTJSP 84/56, RTJ 84/487). Novas tendências levam a mais ampla reparação, variável no valor e no tempo, em análise conjuntural, conforme a situação do caso concreto.

Precedentes a respeito podem ser consultados na RT, 515/221, 557/164, 626/66, na RJTJSP 69/99, 57/200, 78/77, 130/237; na RTJ 70/108, 80/260 e 91/739.

Por fim, observe-se que a prescrição é a ordinária, de 20 anos, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 96.843-SC, rel. Min. Moreira Alves; RTJ 101/744, 112/410, RT 546/80; RJTJSP 67/138, 130/237, 132/358).

Alimentos

A obrigação de prestar alimentos, para o atendimento das necessidades básicas de sobrevivência da pessoa necessitada, sobre resultar do próprio Direito Natural, tem expressa previsão no CC, como decorrência de dever de assistência material entre parentes (arts. 396 e ss.).

Igual dever subsiste entre pessoas casadas (art. 231, III, do CC), determinando-se o valor da prestação por acordo, na separação por mútuo consentimento (art. 1.121, III, do CPC), ou por decisão do juiz, na separação judicial (arts. 19 e ss. da Lei 6.515/77).

Na união estável também se assegura o direito de alimentos entre os companheiros. Assim, foi previsto na Lei 8.971, de 29.12.94, e o direito se manteve, embora alterados os requisitos para sua concessão, na Lei 9.278, de 10.5.96, conforme se examinará nos itens subseqüentes.

Requisitos para concessão de Alimentos

Nos termos do art. 1º da Lei 8.971/94, a concessão de alimentos exigia os seguintes requisitos: I. Comprovada união entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos; II. Convivência por mais de cinco anos, ou com prole havida dessa união; III. Necessidade do requerente, que pode ser tanto o companheiro como a companheira; IV. Inexistência de nova união do beneficiário.

Com a nova conceituação de união estável, adotada na Lei 9.278/96, resultaram afastados aqueles requisitos de ordem pessoal (estado civil), de tempo (5 anos), e de prole (muito embora a existência de filhos seja da convivência, restando por definir se duradoura ou não). Exige-se nos termos da definição expressa no art. 1º, “convivência duradoura pública e contínua, de um homem e de mulher, com objetivo de constituição de família”.

A nova Lei faz menção à obrigação alimentar no art. 2º, inciso II, ao enunciar o direito-dever de assistência material recíproca, e, mais explicitamente, no art. 7º, ao dispor que “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”⁵.

Assim, os alimentos podem ser reclamados tanto na vigência da união estável, quando um dos conviventes falte ao dever assistencial, como após sua dissolução, por decorrência do mesmo dever que persiste entre as partes.

Indispensável a prova da necessidade do requerente (seja o homem ou a mulher), para que, em proporção, se fixem os alimentos. Assim dispunham a Lei 8.971, no seu art. 1º, e a Lei 9.278 repete o preceito, no art. 7º. Daí resulta que a prestação alimentícia não constitui encargo obrigatório, mas sujeito àquela condição, cuja prova compete ao demandante.

Note-se que, além da necessidade, a fixação dos alimentos depende dos recursos da pessoa obrigada, isto é de sua capacidade econômico-financeira, conforme dispõe o art. 400 do CC, de subsidiária aplicação.

O citado art. 7º menciona a hipótese de dissolução da união estável por rescisão. Quer referir-se à ruptura da vida em comum por quebra dos deveres estabelecidos na Lei ou não no contrato escrito, caso existente. Era o que dispunha o texto original do art. 6º e seu § 3º, objeto de veto presidencial. Aí se distinguiam espécie de dissolução da vida em comum: pela vontade das partes (resilição, de caráter consensual), por morte de um dos conviventes, por rescisão (definida no § 3º, como acima anotado), e pela denúncia do contrato por um dos conviventes (que pode ocorrer pela separação de fato). A subsistência dos referidos vetos não obsta à interpretação, que é só gramatical mas autêntica e sistemática, de que a obrigação alimentar pressupõe a inexistência de culpa por parte do requerente.

A Lei 8.971/94 omitia-se quanto à possível exclusão dos alimentos ao companheiro responsável pela ruptura da vida em comum. Falta clareza, também, no texto da Lei 9.278, não obstante a exegese que lhe demos. Importa considerar, em abono da tese esposada, que, no casamento, havendo separação judicial, os alimentos são devidos pelo “cônjuge responsável”, em favor do outro, tido como inocente e necessitado. É como dispõe o art. 19 da Lei 6.515: “O cônjuge responsável pela judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que com juiz fixar”. E o revogado art. 320 do CC restringia o pagamento de pensão, no desquite litigioso, à “mulher inocente e pobre”. O pensionamento, em casos tais, assume caráter misto: é de natureza alimentar, mas também de cunho indenizatório, em vista do prejuízo causado ao parceiro inocente.

A regra incidente no casamento desfeito há de aplicar-se, por análoga, à situação dos companheiros, sob pena de se dar a estes mais direitos que aos casados. Pensam dessa forma os eminentes autores Yussef e Francisco Cahali, ponderando este que “opinião diversa, desconsiderando a perquirição da responsabilidade pela separação da relação concubinária para fins de alimentos, também colocaria a companheira em situação mais privilegiada que a própria esposa, comprometendo até mesmo a subsistência do casamento”.⁶

Ainda, porque devido o encargo alimentar somente pelo companheiro responsável pela separação, claro está que desaparece na hipótese de culpa recíproca, pela procedência da ação e da reconvenção. Sendo ambos os litigantes responsáveis, porque culpados, nada deverão um ao outro a título de assistência material.

Questionável o direito a alimentos em caso de uniões simultâneas da pessoa obrigada à prestação. A união estável pressupõe convivência entre um homem e uma mulher, como é próprio do regime da monogamia a que também adstrito o casamento. Mas pode haver boa-fé de segunda ou eventual terceira companheira, que suponha estar unida estavelmente com homem já comprometido em outra união. Caracteriza-se, então, a união estável putativa, com extensão de efeitos ao companheiro inocente, exatamente como se dá no casamento nulo, previsto no art. 221 do CC. Em tal hipótese, afigura-se possível o reclamo de alimentos por esse companheiro de boa-fé, desde que necessitado, ainda que comprovada a simultaneidade de uniões. As mesmas considerações valem para reclamo de meação, desde que se comprove aquisição de bens em comum, por diferentes companheiras de um mesmo homem.

Mais simples a solução no caso de uniões estáveis sucessivas. Desde que cada uma delas se comprove o caráter duradouro, público e contínuo, com intuito de formação de família, claro está que, dissolvida uma primeira união, o companheiro necessitado poderá reclamar alimentos do outro, pouco importando que ele tenha constituído nova união. É a mesma regra prevista para os casados e separados ou divorciados (arts. 19 e 29 da Lei 6.515/77).

Mas a recíproca não é verdadeira: desaparece a legitimidade ativa para ajuizamento da ação de alimentos, se reclamante mantém, ou cessará o encargo assumido anteriormente, se vier a manter outra união. Como tal se entende a união conjugal ou extraconjugal, mesmo que não estável, sejam simples amasiamentos, ligações adúlteras e até mesmo a vida desregrada pela freqüência a diversos homens, à semelhança do que a jurisprudência entende como obstativo ao dever pensional por vínculo de casamento.

Expressa, nesse sentido, a Lei 8.971/94, ao referir, no art. 1º, que a requerente fosse companheira de apenas “um homem solteiro...”, e na sua parte final, ao prever cessação dos alimentos quando o beneficiário constituir “nova união”. É o mesmo tratamento que se dispensa aos ex-casados. E não poderia ser diferente que se dispensa aos ex-casados. E não poderia ser diferente no regime da Lei 9.278/96, que só reconhece como entidade familiar a união “de um homem e de uma mulher”, ainda que não referida a vedação de nova união. Isto porque, sobrevindo outra ligação amorosa, seja de fato ou por casamento, o beneficiário da pensão já não se coloca na posição de dependente do antigo companheiro, e sim do novo, ao qual se une.

Portanto, o direito a alimentos subsiste se e apenas enquanto não houver, de parte do requerente, outra união. Uma vez concedidos, os alimentos cessam com a “nova união” do beneficiário, conforme decorre da Lei. Casamento comprova-se pela exibição da certidão de registro, nos autos da ação de alimentos, para que o juiz decrete a exoneração. Mas em se tratando de nova união informal, haverá necessidade de prova em ação própria, para que se decrete a extinção dos alimentos.

Irretroatividade dos Alimentos

No aspecto do direito intertemporal, extrai-se da Lei que sua aplicação, por resultar em direito novo, somente se aplica aos casos de companheiros com vida em comum na data de sua vigência (ou depois, naturalmente). Afastam-se, portanto, as situações de convivência cessada em definitivo antes da Lei.

Trata-se de ordenamento de direito material, com expressa previsão de entrada em vigor na data de sua publicação, por isso irretroativo, nos termos do art. 6º da LICC, em respeito aos princípios fundamentais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (ar. 5º, XXXVI, da CF).

Nem há dizer que a retroação seria possível pela natureza benéfica da Lei. Há que considerar, em contraponto, que a criação de direitos a alimentos e sucessão trazem consecutórias restrições a terceiros, pelo encargo pensional, e pelas alterações na linha da vocação hereditária.

Entenda-se, porém. A irretroatividade diz com situações preteritas, de convivência extinta antes da Lei. Não, assim, aos casos de união iniciada anteriormente mas prorrogada até o início da Lei ou mantida depois, vez que o encargo assistencial tem imediata aplicação às relações de convivência, em face de seu caráter continuativo.

O assunto é polêmico, ensejando melhor aprofundamento doutrinário e o indispensável crivo dos julgamentos. A jurisprudência é ainda incipiente. Vale citar pioneira decisão proferida em primeiro grau, pelo culto magistrado Jesus de Nazareth Lofrano, abordando hipótese de pedido de alimentos com base na Lei 8.971, por mulher que havia cessado a união estável cerca de dois meses antes da entrada em vigor da nova Lei.

Na fundamentação da sentença, invocou-se a lição de Yussef Said Cahali, no sentido de que as normas que regulam a obrigação de alimentos são retroativas para abranger relações já constituídas anteriormente à sua entrada em vigor. Assim, uma Lei que estabeleça a obrigação alimentar entre pessoas unidas por um determinado regime jurídico, será igualmente aplicável àqueles que assim já se encontravam vinculados ao ser editada a nova Lei.⁷

No entretanto, como bem salientou o juiz Lofrano, “a retroatividade só há de ser entendida na hipótese de existir relação ou vínculo jurídico em entre os companheiros, não havendo incidência da Lei nova naqueles casos em que já ocorreu a ruptura da relação. A retroatividade não alcança hipótese em que o vínculo se desconstituiu anteriormente à entrada em vigor da Lei nova”.

Ação de Alimentos

A previsão de alimentos aos companheiros, na Lei 8.971, deu-se por vias transversas. Seu art. 1º, como que receoso de mencionar a palavra “alimento”, claudicou na técnica legislativa e limitou-se a dizer que o companheiro poderia valer-se “do disposto na Lei 5.478, de 25.7.68”.

Para o leigo, era um mistério, pois tinha que pesquisar o teor dessa Lei. Trata-se, como sabem os iniciados, da Lei especial de alimentos, que tem as seguintes características: procedimento sumário, com justiça gratuita (art. 1º); fixação liminar dos provisórios (art. 4º); audiência de conciliação e julgamento (art. 5º e 6º); aplicação da pena de confesso ao réu revel (art. 7º), intervenção do Ministério Público (art. 9º), sentença sujeita a apelação com efeito somente devolutivo (art. 14), possibilidade de revisão a qualquer tempo (art. 15), execução especial, com sujeição do devedor à pena de prisão (arts. 18 e 19 da Lei 5.478, em combinação com os arts. 732, 733 e 735 do CPC).

A utilização desse procedimento especial, no entanto, somente seria possível mediante prova pré-constituída da situação de companheiros. É a própria Lei 8.971 a referir, no art. 1º, que o direito de alimentos compete ao “companheiro comprovado”. E a Lei 5.478, em seu art. 2º, exige que o credor comprove, desde logo, “o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor”.

Mostrava-se inadequada a invocação do legislador à Lei especial de alimentos, a não ser que a companheira requerente estivesse munida de sentença declaratória dos requisitos fáticos do art. 1º da Lei 8.971/94.

De outra forma, nas palavras do eminente doutrinador Yussef Cahali, “somente poderá exercer o seu direito pela via a ação ordinária, com a declaração incidente de sua condição de companheira enquadrada na provisão legal”.⁹

A Lei 9.278/96 deixa em aberto a via processual para reclamo de alimentos, na pendência, como é curial, da prova de que disponha o interessado sobre a sua situação de união estável. Se comprovada essa situação de forma inequívoca, por documento escrito ou anterior sentença judicial, o requerente poderá valer-se da Lei 5.478/68. Do contrário, o pedido haverá de ser formulado pelo procedimento comum, com possível cautelar de alimentos provisionais, ou antecipação da tutela, conforme se dirá no tópico seguinte.

Alimentos Provisórios

O rito especial da Lei 5.478, como já visto, possibilita a fixação de alimentos provisórios, mas somente quando haja prova pré-constituída do direito à pensão. Nas hipóteses de casos, ou de filho, a prova se resume à juntada da respectiva certidão. Mais problemática, no entanto, a comprovação da situação de companheiros, uma vez que nem sempre existe a correspondente prova documental.

Valem, a propósito, as considerações anteriores sobre o procedimento judicial aplicável na espécie. Se não comprovado de plano o estado de “companheiro”, faltarão fundamentos para justificar o pronto atendimento do pedido. Ou seja, não caberá a fixação de alimentos provisórios, devendo aguardar-se a instrução do processo para que fixados os alimentos na sentença com retroação à data da citação inicial (aplicação analógica do art. 13, § 2º, da Lei 5.478/68).

A ação tomará, nesses casos, o rito ordinário. Ressalva-se, contudo, a possibilidade de fixação de “alimentos provisionais”, em procedimento cautelar específico (art. 852, III, do CPC), mediante justificação que atenda aos requisitos do sinal do bom direito e do risco na demora da prestação jurisdicional.

Nada impede que, sem rigor formal e por atenção aos interesses urgentes do necessitado, acautelar se proceda incidentalmente, nos próprios autos da ordinária de alimentos. E a concessão de tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC, também pode ser requerida, desde que satisfeitos os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações.

Renúncia a Alimentos

A previsão legal de alimentos entre companheiros não significa que se trate de direito indisponível. Sendo as partes maiores e capazes, e dispondo de meios para o próprio sustento, será possível a dispensa do pensionamento, mesmo porque sua exigibilidade se condiciona à necessidade do postulante. Nesse caso, entende-se por provisória a estipulação, como desistência de cunho temporário, abrindo campo futuro pleito alimentar, caso se comprove a mudança da situação, tendo em vista a binômica necessidade e capacidade das partes.

Igualmente admitia a renúncia, em caráter definitivo, quando dissolvida a união estável, à semelhança do que pode ser estipulado entre cônjuges, na separação judicial por mútuo consentimento. Assim o permite o caráter contratual da convivência. Ademais, os alimentos, na espécie, diferem daqueles devidos entre parentes (*jus sanguinis*), nos quais se veda a renúncia, pelo comando do art. 404 do CC.

Nem se argumente com o disposto no art. 23 da Lei 5.478/68, que menciona a irrenunciabilidade dos alimentos (conquanto possam ser dispensados provisoriamente), mas sem estender a obrigação derivada do parentesco a outras situações como as decorrentes do casamento ou da união estável, fora do alcance da norma do citado art. 404 do ordenamento civil.

A questão não se revela pacífica, ante a irrenunciabilidade consagrada na Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal. Porém é de ver que esse entendimento já foi em parte revisto pela própria Corte Suprema, em explicitação que exclui o direito da mulher quando, ao renunciar aos alimentos, tenha ficado com bens suficientes para sua subsistência (RTJ 85/208).

O Superior Tribunal de Justiça vem firmando posição a respeito, ao decidir (no plano do casamento, mas com aplicação a situações de união estável) que, renunciando o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meios para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender que seja pensionado.¹⁰

Outras Disposições Sobre Alimentos

Além das referências já feitas, outras disposições normativas do CC, do CPC, e das Leis 5.478/68 e 6.515/77 (arts. 19 a 23), comportam aplicação subsidiária às ações de alimentos decorrentes de família instituída por união estável, em igualdade, pois, com os direitos assegurados aos componentes da entidade familiar pelo casamento.

Assim, no tocante à competência jurisdicional, prevalece o foro do domicílio ou da residência do alimentando, em vista do privilégio estatuído no art. 100, II, do CPC. E a matéria compete ao juízo especializado de família, conforme já decorreria do sistema e veio a ser previsto no art. 9º da Lei 9.278.

Quanto à natureza da decisão sobre alimentos (seja por acordo ou por sentença judicial), subsiste o princípio geral de sua alterabilidade. Tem aplicação o art. 401 do CC, a determinar que, se fixados os alimentos sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo. Igual disposição se colhe do art. 15 da Lei 5.478/68. A alteração se obtém através de ação revisional, a qualquer tempo, em face da mudança da situação financeira dos interessados. Daí afirmar-se que a sentença de alimentos não transita em julgado senão do ponto de vista formal.

Transmite-se aos herdeiros do devedor a obrigação de prestar alimentos, conforme dispõe o art. 23 da Lei 6.515/77. Esse dispositivo altera o art. 402 CC, e sua aplicação não se restringe aos alimentos entre cônjuge, mas a prestações alimentícias de qualquer natureza (como referido no art. 22 da mesma Lei, que fixa critério de reajuste das pensões). Note-se, porém, que se trata de obrigação de caráter personalíssimo, de modo que se transmite apenas no campo patrimonial, ou seja, nos limites da força da herança deixada pelo alimentante, nos termos do citado art. 23, cuja parte final remete ao art. 1.796 do CC.

Nova união, seja fato ou por casamento, não altera a obrigação alimentar do devedor. É regra para o ex-cônjuge, prevista no art. 30 da Lei 6.515/77, de analógica aplicação ao ex-companheiro.

A execução de prestação alimentícia segue as regras do CPC e da Lei 5.478/68. Poderá efetuar-se por desconto em folha de pagamento ou em outras rendas do devedor (art. 17 da Lei 5.478). Não sendo possível essa cobrança direta, procede-se pela via judicial da execução por quantia certa contra devedor solvente (citação e penhora – arts 646 e ss. Do CPC), ou, a critério do credor, pela forma coercitiva da citação do devedor para, em três dias, efetuar o pagamento ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo, sob pena de prisão (arts. 19 da Lei 5.478 e 733 do CPC).

Alimentos no Projeto de Estatuto da União Estável

Foi, recentemente, enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional o projeto de Lei 2.686/96, resultado de estudos feitos por comissão de juristas nomeada pelo Ministério da Justiça, após curto período de colheita de sugestões ao primitivo anteprojeto. O seu intuito é dar integral regulamentação ao disposto no § 3º do art. 226 da CF, como Estatuto da União Estável, revogando expressamente as Leis 8.971 e 9.278.

O projeto dá nova definição da união estável, retornando à exigência do prazo mínimo: mais de cinco anos de vida em comum, sob o mesmo teto, ou dois anos se houver filho. Quanto ao estado civil dos companheiros, exige-se desimpedimento matrimonial ou que sejam separados judicialmente ou de fato. Aqui a grande novidade, permitindo que se regularizem situações de pessoas casadas, que estejam separadas de fato e mantenham novas uniões à moda de casados.

Pode ensejar críticas à volta ao critério do prazo mínimo de convivência. Esse requisito temporal extravasa da previsão constitucional e ceceia a liberdade do juiz na apreciação dos casos concretos, de necessária individualização, além de propiciar manobras de fraude à Lei, como na interrupção forçada da convivência às vésperas da consumação do lustrado de convivência.

São explicitados, no art. 2º do projeto, os direitos e deveres dos companheiros: lealdade (correspondente ao dever de fidelidade entre os casados – art. 231 do CC), respeito e consideração, assistência material e moral, com o correlato dever da prestação alimentícia no caso de dissolução da vida em comum.

Do seguinte teor o art. 6º, que trata dos alimentos; “Dissolvida a união estável, o Juiz poderá, considerando o disposto no art. 2º e demais circunstâncias, determinar sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que sejam prestados alimentos por um dos companheiros ao outro, que deles necessitar, nos termos da Lei 5.478, de 25.07.68, enquanto o credor não constituir nova entidade familiar de direito ou de fato”.

Condiciona-se o direito a alimentos entre companheiros, portanto, ao atendimento dos deveres recíprocos alinhados no art. 2º. Significa dizer que o culpado pela dissolução da vida em comum não poderá pleitear aquele tipo de assistência material.

Da mesma forma, cessará a obrigação alimentar quando o credor constituir nova entidade familiar de direito ou de fato.

Aqui, enseja reparos a redação do projeto. Melhor seria a referência genérica a “nova união”, para abranger outras situações diversas da constituição de entidade familiar, como na hipótese de a ex-companheira, credora de alimentos, vir a manter união com homem casado.

Dispensável, de outro lado, a referência à Lei 5.478, de 1968, que regula o rito especial da ação de alimentos. Sua adoção entre companheiros depende da prova pré-constituída da união estável, para possível concessão de alimentos provisórios.

Na maior parte dos casos, essa prova inexistente. A ação ordinária, então, será o caminho adequado para comprovação da união estável e cumulativo pleito alimentar.

Conclusões

A concessão de alimentos, nos termos das Leis 8.971/94 e 9.278/96, decorre do dever de mútua assistência entre companheiros ou conviventes na entidade familiar formada pela união estável, cuja proteção é prevista no art. 226, § 3º, da CF de 1988.

Esse direito de assistência material constituiu evolução natural do pagamento pecuniário que os tribunais vinham reconhecendo aos companheiros, a título de indenização por serviços prestados.

Além dos requisitos da necessidade de requerente e da capacidade econômica da pessoa obrigada, os alimentos somente são devidos ao companheiro não responsável pela rescisão da união estável, e enquanto não constituir nova união.

A Lei instituidora do direito a alimentos não tem caráter retroativo, aplicando-se somente aos casos de companheiros com vida em comum após sua vigência, ainda que iniciada anteriormente.

Havendo prova pré-constituída da união estável, será cabível o rito sumário da Lei 5.478/68, com outorga de alimentos provisórios ao companheiro requerente. Na falta daquela prova, a ação tomará o rito ordinário, só cabendo alimentos provisórios por meio da tutela antecipada ou de medida cautelar específica.

Admissível a renúncia a alimentos entre companheiros, quando dissolvida a união estável, em face do caráter contratual da convivência extinta.

Aplica-se à ação de alimentos entre companheiros o foro privilegiado do alimentado (art. 100, II, do CPC), e o processo compete à vara especializada de família.

A execução da prestação de alimentos entre companheiros segue as mesmas regras especiais do CPC (art. 733) e da Lei 5.478/68, com possibilidade de desconto em folha ou decreto de prisão ao devedor malicioso.

Notas e Referências Bibliográficas

1. Era a jurisprudência dominante: RTJ 80/119; RJTJP 51/30, 116/469, 119/26, 126/45, 129/36, 131/61, 132/46, 134/26, 134/26, 134/26, 138/42, RT 459/187, 516/58, 594/48, 557/64, 595/270, 653/106, 686/106, 686/259, 674/107, 675/107; RJTJRS 152/232.
2. “Do Direito de Alimentos no Concubinato”, em *Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais*, coordenação de Teresa Arruda Alvim, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
3. Assim se expressou o Des.Walter de Moraes, em voto estampado na RJTJSP 42/138: “A alteração do pacto é possível, ainda que não prevista de modo expresso; porém, pelas causas compreendidas na cláusula *rebus sic stantibus* implícita em qualquer contrato” Outras fontes: RTJ 80/119; RT 459/187, 516/58, 557/64, 595/270, 653/270, 653/105 674/107, 675/107; RJTJSP 129/36, 131/60, 132/46, 138/42.
4. “Concubinato – Aspecto Polêmicos”. O Estado de São Paulo, 15.5.85.
5. Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei 2.686/96, de iniciativa do Poder Executivo, a dispor sobre o novo Estatuto da União Estável, em substituição à legislação vigente. Ver comentários sobre a proposta de disposições sobre alimentos no item 4 deste trabalho.
6. “Dos alimentos na união estável. Lei 8.971/94” – IOB 3/10532.
7. *Dos Alimentos*, RT, 1.987, p. 102
8. Proc. 138/95, 11ª. Vara de Família e Sucessões da Capital.
9. *Dos alimentos na união estável (op. Cit.)*.
10. 3ª Turma, Resp 9.826-RJ, rel Min. Eduardo Ribeiro de 16.12.91,p. 18.533.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

A UNIÃO ESTÁVEL E SEU SUPORTE CONSTITUCIONAL

Oscarlino Moeller

Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

A família é o agrupamento de pessoas conectadas por vínculos estabelecidos em sociedade que as tornam próximas, assim envolvendo o relacionamento entre o homem e a mulher, bem como aquele entre pais e filhos. Do desdobramento do primeiro poderá nascer vínculo próprio de afinidade, desde que o casamento seja instaurado. O parentesco e o vínculo entre o homem e a mulher passam a ser os parâmetros onde se definem a família.

O *status familiae*, assim, como um dos estados em que a pessoa se visualiza em sociedade, é o centro de análise. Envolve as pessoas unidas por laços naturais ou de consangüidade, como também aqueles laços civis, além da união entre o homem e a mulher.

O Direito de Família é o conjunto de normas jurídicas que regula o relacionamento entre pessoas que integram a família quer nas relações pessoais, como também nas patrimoniais. Trata-se de um direito especial porque à vontade inicial que conecta seus integrantes se acoplam conjuntos de obrigações que defluem e normas legais cogentes (educação, criação, alimentos, etc.). Há, na realidade, para os integrantes da família, uma subordinação de vontade a vínculos pré-ordenados.

A fonte originária desse grupo, porém, é sem dúvida alguma, o relacionamento natural entre o homem e a mulher, que nasce da necessidade de apoio mútuo dos sexos opostos, no objetivo da complementação indispensável do ser humano. Será desse relacionamento natural que fluirá o desdobramento do parentesco natural de pais e filhos e, deles, pelo desenvolvimento das várias gerações, formando-se as diversas classes de parentesco. A esse parentesco se soma aquele de ordem civil consubstanciando pelas adoções, modo integrativo À família de pessoas desafortunadas na participação de um grupo próprio.

Essa união do homem e da mulher resulta, antes de qualquer estruturação jurídica em sociedade, de um impulso natural. Ao grupo naturalmente formado é que o direito reveste de argamassa jurídica, na busca da sistematização e proteção da família e, com ela, da própria sociedade, indelevelmente dependente da estabilidade daquela.

Fatores diversos amoldam a família, seja pela atração dos sexos opostos, pelo complemento que daí se origina, ou pela união em defesa da prole, esta de caráter eventual, e mesmo pela realização existencial dessa realidade, tudo a formar os elementos biológico e psíquico. Sendo o homem um ser social por natureza, tal aspecto passa a configurar um novo fator que integra a constituição da família. Há, assim, tríplice incidência fatorial na consubstanciação da família, o biológico, o psíquico e o social. A variabilidade de cada um e de sua integração, formando uma unidade, depende do desenvolvimento do próprio bem, de sua ecumênica maturidade, ao lado das diferentes formas de costumes. Contudo, uma verdade se impõe, a natural formação da família. A família é uma célula natural, criação do homem, socialmente revestida de formas segundo critérios temporais e mutáveis, não obstante com necessidade de ser sempre forte e coesa. A criação natural da família é de importância vital no objetivo das considerações da união estável. Tais qualidades são ressaltadas pó Clóvis – “penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa” (Clóvis Bevilacqua, *Direito de Família*, Rio, Editor Rio, 1976, 7ª ed., p. 17) . Assim, a família, como fato natural, procedeu ao casamento, este se caracterizando como criação do homem, sob o aspecto social, analisado sob o duplo prisma civil e religioso. Como análise ou revestimento de uma realidade preexistente, pode a família receber, em certa fase de evolução social, parcial consideração, sem prejuízo de outra realidade existencial, agora apenas sob o campo fático, mas oriunda do mesmo fenômeno originariamente natural, o impulsivo e necessário relacionamento do homem e da mulher.

Eis porque Carvalho Santos já afirmava que a família é um outro ponto de capital importância,, tem a sua origem na união do homem e da mulher, da qual nascem os filhos e se desenvolve e desdobra a prole.

Não se origina, portanto, unicamente, do casamento. Este dá origem à família legítima. Mas nem por ser ilegítima deixa a união do homem e da mulher de produzir relações de filiação, pátrio poder etc.’ (J.M. DE Carvalho Santos, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* Editor Borsoi, Rio de Janeiro, vol. XXII, p. 148).

A Família e a Constituição

O conceito de família sofreu profunda mudança com o novo texto Constitucional de 1988, alterando a base com que se delineava. Confrontam-se p art. 175 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 1969, com o novo dispositivo do art. 226 da Constituição de 1988.

A família é a mesma, mas a argamassa com que passou a ser revestida, dentro da realidade existente, é que modificou.

Para o legislador constituinte de 1967 só existia uma família, a legítima, oriunda do casamento. Os demais relacionamentos passavam a constituir a família ilegítima (“A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” – art. 175). A lei, permitindo a dissolução da sociedade conjugal, mas não do casamento, através o desquite, propiciava a formação de relações naturais entre o homem e a mulher, assim gerada a origem do concubinato, encarado pela jurisprudência como um relacionamento estável entre o homem e a mulher fora do casamento. Ali estava o germe da união estável atual.

Para o legislador constituinte de 1988 a realidade social se dinamizou e, em absoluta sintonia com a realidade de fato, estabeleceu que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226).

Desvincula-se a família do caráter específico de legitimidade exclusiva quando unida ao casamento. Desconecta-se o conceito de família desse limite fechado para ser o livre relacionamento de pessoas.

O mais importante, porém, é que ao conceito geral de família, inscrito no *caput* do art. 226 citado, especificou o legislador constitucional a forma existencial de agrupamentos por ele qualificados como integrantes do conceito maior, outorgando a nomenclatura destes como entidades familiares.

Assim o fez expressamente no § 3º (para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento) e no § 4º (entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes).

Haveria de fazê-lo expressamente, reconhecendo a união estável como entidade familiar, bem assim a união entre pais e filhos, porque aquela inexistia como categoria jurídica reconhecida, enquanto a segunda passara a ser cristalizada de uma forma independente, não mais se qualificando a filiação em função da existência ou não de casamento entre os pais.

Daí a seqüencial assertiva do § 6º do art. 227 da mesma Constituição ao proibir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ao casamento, como realidade já existente, reservou o legislador o espaço dos §§ 1º e 2º, nos conceitos do casamento civil e casamento religioso, formas já cristalizadas anteriormente. Forma o casamento a primeira espécie de entidade familiar.

Os Vínculos Existentes na Nova Ordem Constitucional

A Constituição de 1988, pois, considerando a família como conceito genérico, recebendo a proteção especial do Estado, a estruturou por formas de exteriorização bem delimitadas, as entidades familiares.

As espécies de relacionamento se definem pela união do homem e da mulher no casamento, união do homem e da mulher como união estável e o relacionamento entre pais e filhos.

As três entidades familiares assim definidas estruturam vínculos de direito de família, sob o conceito constitucional.

A união do homem e da mulher forma um vínculo de família, caracterizado como vínculo conjugal se baseado no casamento, caracterizado como vínculo da união estável quando apenas realidade de fato.

O parentesco entre pais e filhos gera o vínculo parental, natural ou civil, conforme sua origem consanguínea ou de adoção.

Cada uma das entidades familiares assim delineadas, como parte de um todo a família, passa a receber a proteção especial do Estado, como definido no *caput* do art. 226 da Constituição Federal. Essa proteção se reflete através de toda a legislação, constitucional e infraconstitucional. Outra não seria a intenção do legislador pela disposição das entidades familiares através de parágrafos destacados do conceito maior de família. A igualdade e equiparação protetiva insere cada entidade familiar em tratamento homogêneo, o que deverá ser observado pela legislação superveniente e deverá ser perscrutado em função da legislação já existente.

A União do Homem e da Mulher

Particularizado o exame no relacionamento entre o homem e a mulher se observa que o conjunto de direitos e obrigações a eles se mescla nas duas entidades familiares existentes, a união no casamento e a união de fato ou estável.

Na realidade, podemos afirmar que a união do homem e da mulher, na constituição de uma entidade familiar, há de ser basicamente estável.

Essa estabilidade se presume no casamento, como decorrência da formalidade de sua constituição, devendo restar provada na união estável propriamente dita.

O casamento, na sua forma civil ou casamento religioso com efeitos civis, se coloca como relacionamento entre o homem e a mulher com sujeição a direitos e obrigações já delineados pelo legislador ordinário.

À união estável, estruturada agora na Constituição como categoria jurídica e de direito de família, se há de formar o conjunto de direitos e obrigações.

Esporádica e dispersivamente o legislador já enfrentara a situação em nome do chamado concubinato. Foi o que se observara, dentre outros exemplos, pela edição do direito personalíssimo do 2º art. 57 da Lei 6.015, de 31.12.73.

Impõe-se, dessa forma. Estabelecer os limites constitucionais da nova realidade de união do homem e da mulher, como nova realidade de união do homem e da mulher, como nova categoria jurídica, apta a gerar efeitos de direito entre seus integrantes.

Essa União só Pode Existir Entre Pessoas de Sexos Diferentes.

Daí a expressão utilizada no § 3º do art. 226 da Constituição – “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

Trata-se de elemento essencial ou existencial do conceito de união estável, como sempre o foi para o próprio casamento.

Como princípio constitucional de formação da entidade familiar, afasta-se de modo inconcusso qualquer pretensão ou digressão na sistemática jurídica brasileira que possa tender a considerar pessoas de mesmo sexo como possíveis integrantes do conceito de família e de entidade familiar.

Ao direito de família não estão afetos quaisquer relacionamentos entre pessoas de mesmo sexo para a formação conceitual de união estável.

A União Estável Assim Formada não é Qualquer Vínculo.

Destaca o legislador a qualidade especial que o estabiliza na família, determinando que “a lei deverá facilitar sua conversão em casamento”.

Pretende-se estabelecer a possibilidade facilitada para a transformação do vínculo de fato, união estável, em casamento. Essa facilidade se estruturará pela ausência de certas formalidades para a formação do vínculo conjuga, mas sem derogar os requisitos necessários para sua realização e existência.

Essa conversão assim prevista pelo legislador constitucional significa o objetivo primacial na fixação do casamento como idéia finalística. O casamento ainda é inserido pelo legislador como idéia fundamental da família, tanto que aceita e impõe a facilitação pela conversão a partir de uma realidade fática reconhecida. Pretende-se, na medida em que haja a livre manifestação de vontade, influenciar o ânimo do homem e da mulher que já convivem *more uxorio*, estavelmente, para a fixação desse relacionamento no casamento.

Ao contrário de certas afirmações no sentido de que a Constituição, com a formação da união estável como categoria jurídica, teria incentivado o afastamento da ligação matrimonial, “a nova ordem estabeleceu reforço à idéia da realização do casamento”. Outro não seria o sentido para a expressa determinação de facilitar sua conversão.

Pretende-se, em suma, teleologicamente, que todo o relacionamento estável entre o homem e a mulher se estruture, finalisticamente, pelo casamento, quer por sua realização imediata, quer por sua formação embrionária na união estável.

A Conversão da União Estável Exigirá os Mesmos Requisitos do Casamento.

Se o casamento existe, sendo assim versado prioritariamente pelos §§ 1º e 2º do art. 226 DA Constituição Federal, nas suas formas civil e religiosa com efeitos civis, com o acréscimo da possibilidade de conversão da união estável, por certo exigir-se-á o preenchimento dos requisitos fundamentais que se materializam nos impedimentos impedientes e dirimentes, como tal previsto no art. 183 do CC.

Subsumindo-se o casamento às regras iniciais de formação respeitados os dispositivos legais ordinários, por certo a conversão, para se concretizar, deverá obrigatoriamente submeter-se à mesma subsunção de elementos. A facilidade da conversão não implica em afastamento de requisitos. Poder-se-á afastar a necessidade de autoridade celebrante, mas se exigirá a inexistência dos impedimentos decantados.

O legislador constitucional determinou a facilitação ao casamento, não a eliminação de requisitos a ele indispensáveis. O formalismo de realização cede, mas não a substância constitutiva do casamento, eis que a transformação ou conversão da união estável em casamento, ambas entidades de direito de família, é realizada sem quaisquer ressalvas. Assim, paralelamente, induz-se, sob prisma lógico, a possibilidade existencial de relações estáveis que não possam se converter em casamento. A lei facilitará, mas não suprirá exigências que a lei ordinária já impõe á sua concretização.

A Autonomia do Conceito de União Estável

A possível existência de impedimentos para a conversão da união estável em casamento não afasta a autonomia do conceito de união estável que continuará a existir mesmo para o homem e a mulher impedidos dessa transformação.

Essa conclusão advém do exame da forma de apresentação da união estável como entidade familiar e o segundo desdobramento pela assertiva de facilidade para a conversão.

O legislador separou nitidamente, por vírgula inclusive, ambas as idéias.

Como primeira idéia fundamental, estabeleceu que constituirá união estável aquela existente entre o homem e a mulher, reconhecida como entidade familiar. Inexistem limites impostos a esse relacionamento, de forma a sempre existir essa união desde que se manifeste estável, conceito relegado ao legislador ordinário.

Como segunda idéia fundamental, estabelecida fica a determinação de facilidade na conversão. Consubstanciada a formação de uma união estável, dentro de requisitos que podem ser manipulados pelo legislador ordinário, havendo intenção de seus componentes em convertê-la em casamento, terão as vias de realização facilitadas.

Essa interpretação conduz à nova conclusão. As uniões estáveis formadas poderão conter espécies conversíveis e espécies não conversíveis em casamento. A segunda hipótese não afasta a existência da união estável como entidade familiar, dentro do conceito da primeira parte § 3º do art. 226 da Constituição Federal, mas apenas impede a aplicação da segunda parte descabendo a conversão.

As pessoas solteiras, as viúvas, as divorciadas, formando união do homem e da mulher casados, mas separados de fato do casamento anterior, ou mesmo dos cônjuges separados judicialmente. Tais hipóteses permitem os estabelecimentos de um convívio passível de constituir uma união estável, mas não estariam aptas à conversão.

As realidades das uniões estáveis, conversíveis e não conversíveis, porém, se qualificam sempre como entidades familiares, aptas de receber a proteção especial do estado, assim que a determinação do *caput*, primeira parte, do art. 226 citado, é primordialmente classificatória, bastando um homem e uma mulher e a estabilidade da convivência ou união.

Os Limites dos Direitos a serem Reconhecidos pelo Legislador Ordinário à União Estável

Pretendendo o texto constitucional facilitar a conversão (daquelas que assim desejarem e preencham os requisitos legais) da união estável em casamento, por certo considera que eventuais direitos a serem estabelecidos pela legislação ordinária não ultrapassem aqueles que são reconhecidos para o casamento.

Inconcebível é a idéia constitucional de facilitar a conversão da união estável em casamento diante da possibilidade de se afastar direitos já consolidados pela legislação a favor dos companheiros daquela união, quando a conversão se operar.

Os direitos a serem reconhecidos pelo legislador ordinário, pois, em favor dos integrantes da união estável, têm como limite aqueles existentes para as pessoas casadas.

Na medida em que a Constituição Federal estabeleceu uma diretriz, possibilidade da conversão da união estável em casamento, implicitamente firmou a idéia de que as situações a serem objeto de conversão são, no mínimo, iguais em direitos e obrigações.

Exegese diversa conduziria ao absurdo de se facilitar a conversão, mas simultaneamente, propiciando-se a restrição de direitos já consolidados em favor dos companheiros na categoria de direito adquirido.

Tais considerações se tornam necessárias a fim de não permitir o excesso do legislador ordinário. O direito adquirido, com base em legislação excessiva, para os integrantes da união estável, na conversão, deveria ser respeitado, inobstante inexistir para as pessoas casadas. Nesta hipótese, sem dúvida alguma, teríamos direitos inconstitucionalmente outorgados pelo legislador ordinário. À luz os princípios maiores estabelecidos, a igualdade das entidades familiares (união estável e casamento) pela conversão permitida.

Desigualdade estaria estabelecida a partir de regras traçadas pelo legislador, para pessoas na mesma situação jurídica de casadas, o que afrontaria o direito. A igualdade há sempre de ser preservada.

Conclusivamente, o suporte constitucional preponderante, a ser respeitado pelo legislador ordinário na definição e regramento dos direitos e obrigações dos integrantes da união estável, assim se delimitam: O conceito de família, instituto que recebe a especial proteção do Estado, envolve as relações definidas pela Constituição como entidades familiares; As entidades familiares formam espécies do gênero conceitual de família, sendo iguais no tratamento pelo legislador; As entidades familiares constituídas são: vínculo conjugal – união do homem e da mulher no casamento, obedecidos seus requisitos e impedimentos; união estável – união do homem e da mulher de fato, possível de conversão em casamento; vínculo parental – união entre pais e filhos; A existência das entidades familiares assim reconhecidas pelo legislador constitucional, não pode ser alterada pelo legislador ordinário, não necessitando também de novas definições; O conceito de união estável envolve a diversidade de sexos como elemento essencial ou existencial; O conceito de união estável, traçado pela primeira parte do *caput* do art. 226 da Constituição Federal, é independente, determinando a possibilidade de formalização de suas espécies, união conversível e união não conversível; A facilidade para a conversão da união estável ao casamento se há de entender como possível afastamento de formalidades de realização, mas sem prejuízo da manutenção das exigências ou requisitos constitutivos do casamento; Possibilitada, constitucionalmente, a conversão da união estável em casamento, os direitos e obrigações a serem estabelecidos pelo legislador ordinário, terão como limites os mesmos direitos e obrigações já estabelecidos para o casamento; A possibilidade de conversão, com facilidades estabelecidas, mas com manutenção dos requisitos para formação do casamento, pode não alcançar a totalidade das uniões, o que torna concreta a assertiva no sentido classificatório, delineada a existência de uniões estáveis conversíveis e uniões estáveis não conversíveis.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

O DIREITO DO AUTOR

Carlos Alberto Bittar

Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Direito de Autor é o campo jurídico em que se protegem as obras de caráter estético, assim entendidas aquelas de domínio científico, literário e artístico, orientação que está sufragada na doutrina e encontra respaldo nas convenções internacionais e nas leis nacionais. Na lei brasileira, a exemplo do que ocorre nas convenções, há enumeração exemplificativa das obras abrangidas e o centro da proteção recai, portanto, sobre artes, literatura de um modo geral e ciências. Na enumeração legal, prevalece o critério exemplificativo, já que os convencionais quiseram reservar para os autores as produções que viessem a ser acrescentadas pelo progresso tecnológico. É importante, portanto, deixar claro que não é só o elenco previsto na lei que está coberto pela proteção do Direito de Autor, mas sim toda criação intelectual que possa ser encartada num daqueles domínios.

As obras protegidas pelo Direito de Autor são aquelas consistentes em escritos, imagens, desenhos, figuras, projetos, de modo que rico é o material criativo, tanto no seio universitário como no empresarial. São exemplos um projeto de pesquisa, uma tese, uma dissertação, um trabalho desenvolvido para publicidade, uma nova concepção na área de exatas e assim por diante.

Requisitos para Proteção

A proteção que o Direito de Autor confere não é à idéia, e sim à forma e essa é a primeira grande condição para que uma obra ingresse no sistema. As idéias são consideradas como produto do acervo da humanidade e são, portanto, uma espécie de tributo que o autor paga, não tendo, em relação à detecção dessa idéia, uma proteção específica. O que o autor tem assegurado é o direito sobre a forma e, na linguagem jurídica, protege-se a forma interna e a forma externa da criação. Assim, por exemplo, num soneto, há a proteção do soneto em si (forma externa) e de seu conteúdo (forma interna). Não é o conjunto de idéias, pois, o que se protege: é essa forma plasmada. Por que? Porque, é claro, para que haja proteção pelo Direito de Autor é necessário que exista materialização da concepção e sob certa linha diretiva de pensamento: aí é que está, então, o fenômeno da criatividade, que é, no fundo, o elemento que dá sentido a essa proteção do Direito de Autor, porque aquilo que se procura amparar é exatamente a criatividade humana, ou seja, a linha diretiva, a concepção, a forma plasmada,

consoantes expressões que a doutrina costuma utilizar. É preciso depois que essa forma tenha esteticidade, pois não se trata de amparo a qualquer forma de criação: é preciso que seja do domínio literário, do artístico ou do científico. É necessário, em terceiro lugar, que haja originalidade nessa concepção, entendida a palavra no sentido relativo, ou seja, de que não se cuida de novidade absoluta, mas de concepção diversa das existentes – é, mais uma vez, a idéia de criatividade embasando a proteção pelo Direito de Autor. Isso fica claro numa imagem, criada por Henry Desbois, o maior especialista moderno, no meu entender, no campo de Direito de Autor, que dá a exata dimensão do que se entende por originalidade. Diz o seguinte: - “nada impede que dois pintores tomem a mesma temática e a versem, nela colocando elementos de sua própria personalidade”; haverá duas obras originais, pois, como dizia Buffont, *L’style c’est l’homme même*. A partir do exposto, tem-se que, se diante de um cenário da natureza dois pintores atuam, individual e isoladamente, cada qual vai conceber trabalho original. Observa-se, pois, a relatividade do conceito de originalidade. Pode cada um imprimir caracteres, que darão peculiaridade às criações, fazendo com que seja uma distinta da outra, muitas vezes trabalhando sobre a mesma temática. É aí se têm, então, os requisitos básicos para que uma obra obtenha proteção no Direito de Autor: estar materializada sob determinada forma; ser estética; ser original.

Leis Autorais

Estabelecidas as linhas básicas do sistema do Direito de Autor, vejamos em que consiste o amparo legal. Sob aspecto patrimonial, a lei autoral caracteriza-se pela outorga de exclusividade ao criador para exploração econômica da obra. Assim, Direito de Autor constitui concessão, em caráter exclusivo ao autor, de autorização para exploração exclusiva de sua obra. O autor tem verdadeiro monopólio para utilização de sua obra, que o ordenamento jurídico reconhece, exatamente para premiar-lhe, do ponto de vista econômico, a criatividade. Mas esse direito consiste também, do ponto de vista pessoal, num vínculo perene entre autor e obra, ficando protegidos os aspectos personalíssimos dessa relação: proteção da personalidade, proteção da integridade da obra, do título e do conteúdo. Há, assim, uma série de direitos que os autores chamam, em relação à exclusividade, de direitos patrimoniais e, em relação aos laços pessoais, direitos morais, não obstante a impropriedade desta expressão. Os direitos chamados patrimoniais consistem na necessidade de participação do autor em qualquer processo de utilização econômica da obra, por outras palavras, na necessidade de outorga autoral, para que alguém possa utilizar obra criada por outrem, levando-se em conta todos os processos de reprodução e todos os processos de representação da obra intelectual. Com isso, pode-se ver que o autor desfruta de um verdadeiro monopólio e é com esse nome que se tornou conhecido nos tempos inaugurais. Esses postulados dão, então essência aos direitos chamados patrimoniais. De outro lado, o autor tem assegurados a paternidade, a nomeação, a integralidade da obra, a genuinidade e todos os aspectos personalíssimos de us relação com a obra. Em nossa legislação, os primeiros estão nos arts. 29 e 30 e os segundos no art. 25 da Lei base de Direito de Autor (Lei 5.988, de 14.12.73). Há, no entanto, algumas situações em que a própria lei, levando em conta o conflito existente entre o interesse coletivo em conhecer a obra e o interesse individual do autor em ter assegurado sua participação, estabelece algumas limitações, relacionadas basicamente aos fatores: interesse da cultura; interesse da comunicação; interesse comercial; interesse judicial; a relação completa dessas exceções está no art. 49 da lei.

A primeira exceção que existe é o chamado direito de citação, assegurado a terceiro, respeitadas a proporcionalidade e a indicação da fonte. É preciso ter presente, portanto, que o direito de citação é modo de utilização científica da obra e, por isso, não gera pagamento. Mas é necessário que exista esse espírito e que se indiquem o autor e a obra de onde foi retirada a referência, facultando-se, assim, conhecer, discutir opinião, servir-se de fundamentos, enfim, a promoção do desenvolvimento da cultura.

A segunda exceção é para efeito de comunicação: há determinadas formas de reprodução que a lei considera válidas, chamadas de uso livre, como reprodução de fotografias em livros, de textos em textos maiores, reprodução para efeito de crítica, respeitadas, em cada caso, os estreitos limites da lei. Nesse passo, aliás, é preciso levar em conta que essas exceções são restrições e, portanto, a interpretação é escrita; a pessoa pode usar a obra, observados os contornos que o legislador estabelece.

É possível, também, em outro exemplo, exibir música em estabelecimento comercial, para demonstração à clientela, e aí está, então, o efeito comercial, e o efeito judiciário é o da possibilidade de

utilização de uma obra como prova em processo. Essas são, basicamente. As matérias que encontram guarida no elenco legal, que, repito, é de interpretação limitativa: a pessoa tem de se cingir ao explícito conceito da lei, para que possa estar salvaguardada dentro daquilo que se chama de uso livre da obra, ou seja, o uso sem necessidade de autorização do autor. Afora as hipóteses expressamente previstas na lei, insisto, a regra básica é a da autorização do autor para qualquer uso econômico da obra.

Tutela Civil e Tutela Penal

A Tutela do Direito de Autor desdobra-se em dois grandes campos; civil e penal. No campo civil, a tutela do autor diz respeito à existência de mecanismos de resposta para usos não autorizados e usos que extrapolem o autorizado. Com essa fórmula, acredito, possamos compreender as várias hipóteses de usos indevidos existentes na prática. Assim, então, se uma empresa us numa propaganda trechos de um soneto sem autorização do autor, tem-se caso não autorizado; se uma editora publica mais exemplares do que os autorizados, estará extrapolando a autorização.

Nas duas hipóteses, existe violação dos direitos autorais e a resposta, no campo civil, encontra dentro da teoria da reparação de danos a melhor solução. É exatamente através das ações de indenizações por danos morais e por danos patrimoniais que o autor pode promover a defesa dos seus direitos, quando violados. Essas ações podem ser precedidas de medidas cautelares, por exemplo, de busca e apreensão de material contrafeito, para retirar de circulação obra produzida com desrespeito aos direitos do autor.

Há inúmeras providências, nessa área, como interdição ou suspensão de espetáculo, bloqueio de rendas, enfim, medidas cautelares tendentes a obter o efeito de, ou fazer cessar, ou então retirar material de circulação, ou ainda evitar uso que se sabe indevido. É celebre entre nós, por exemplo, a reação de um dramaturgo que, tendo sabido pelo jornal que uma peça de sua autoria seria exibida sem a necessária autorização, antecipou-se e obteve cautelar impedindo a realização do espetáculo. Essas medidas têm, então, caráter de prevenção, desde que haja o conhecimento oportuno, mas se completam com a ação de reparação.

A Tutela Penal do Direito de Autor está prevista no Código respectivo, a partir do art. 184. A figura básica, chamada violação do direito autoral, comporta todas as ações que acabem acarretando as violações a que nos referimos. Abarca, dada latitude, várias ações, sendo chamada de figura penal em branco, ou seja, qualquer uma das ações de desrespeito ao direito. Houve, aliás, certo que autor que tentou reduzir a termo, essas várias ações, em congresso realizado em Buenos Aires por estudiosos de Direito de Autor. Entretanto, a par das várias situações lembradas, outras tantas poderiam ter sido enunciadas, pois, como infinita é a fertilidade da imaginação humana, impossível se mostra a catalogação de todas as ações ilícitas.

O Código Penal do Império, que é primoroso nessa parte, apresenta algumas figuras, mas os códigos e consolidações posteriores fixaram-se em figura aberta, em face da citada dificuldade. Aliás, para quem gosta de fazer estudo comparativo, especialmente histórico, a leitura do Código do Império é realmente de grande importância, porque naquela altura, a doutrina e a legislação alemãs já haviam chegado à figura da contratação e dela outras se detectam depois, mas sem exaurir o infinito universo de violações possíveis. Basta ver que os meios de comunicação progrediram extraordinariamente e, hoje, uma obra intelectual pode ser difundida por satélite, pois ele reproduz e representa criações de engenho, funcionando automaticamente como entidade de reprodução e representação.

Ora, levando-se em conta que os sinais de satélite podem ser alcançados por continentes diferentes tem-se, pois, infinita possibilidade de violação das obras transmitidas. Por exemplo, um sinal gerado na França pode ser captado num quarto de hotel nos Estados Unidos, gravado ou filmado, reproduzido por outros meios, e assim sucessivamente. É que, enquanto o progresso da comunicação vai avançado, novos meios de uso vão surgindo, inviabilizando-se qualquer enumeração legal. Há, depois, outra figura, que é a reprodução indevida de fonogramas e videofonogramas, em que as sanções são exacerbadas (art. 184). Nessa parte, houve atualização, pois a Lei 6.800/80 impôs sanções mais severas aos violadores para tornar possível o sistema de videocassete.

Há, ainda, a figura de usurpação de nome ou de pseudônimo e, no mais, o Código Penal traça regras sobre condução da ação, casos em que a pessoa dispõe de ação privada, outros em que o Ministério Público deve atuar, ou seja, cuida-se de regime baseado em poucas disposições legais.

A Tutela Civil é, em razão do maior espectro, a que, na prática, tem merecido acionamento mais freqüente. Não se verifica, salvo poucas exceções, interesse do lesado em levar à cadeia os que atingem sua obra. Há até certa dificuldade de entendimento quanto a esse aspecto, pois a tendência dos juristas e mesmo dos Tribunais, na área criminal, é a de preocupar-se mais com os acusados; daí a preferência pela Tutela Civil, através de cujos mecanismos se pode obter uma compensação ou uma reparação plena no aspecto patrimonial.

Assim, dentro dos dois divisores que existem na teoria da responsabilidade civil, em que se opera a reparação dos danos patrimoniais e dos danos morais, pode o lesado obter satisfação de seus interesses. Ora, quanto aos danos patrimoniais, busca-se recomposição patrimonial; com os danos morais, confere-se ao prejudicado compensação pelo constrangimento, pela aflição, pela dor, enfim pelos vexames a que foi submetido por causa do desrespeito ao seu direito. Afora isso, existem também mecanismos administrativos de proteção: a nossa lei, por exemplo, havia criado um Conselho Nacional de Direito Autoral, que procurava dar respaldo administrativo aos autores. Entretanto, devido a inúmeras dissensões e, principalmente, à orientação que prevaleceu durante o governo eleito em 90, acabou sendo ele desativado.

Daí, nesse campo, muito pouca coisa o Estado pode oferecer hoje para o autor. A própria censura, que foi muito utilizada na defesa de direitos autorais, e acabou contribuindo de modo decisivo para a respectiva implantação, principalmente na área da música e do teatro, também não mais opera. Assim, no plano administrativo, pouca coisa existe de positivo em prol dos autores. Em conclusão, ocorrendo alguma violação, o melhor caminho que tem o autor a seguir é, exatamente, o do acionamento do Poder Judiciário, através de ações de caráter reparatório, precedidas normalmente das cautelares, que são a melhor arma jurídica dos interessados.

O Direito de Autor no Mundo

A proteção a direitos autorais, sob os aspectos pessoais e patrimoniais, encontra, atualmente, constituídos sistemas internacionais e nacionais. Os primeiros, especialmente na União de Berna, que reúne 119 países aderentes, em uma supranacional. Isso, aliás, faz da convenção, sem dúvida, a de maior espectro mundial, sob a eficiente gestão de organização especializada (a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, que está comemorando 25 anos de existência). Os segundos remanescem, em cada Estado, sob o controle de entidades estatais e privadas, que cuidam da respectiva gestão.

Observa-se crescente internacionalização dos mecanismos protetivos, diante do estreitamento das comunicações no orbe terrestre, que, basicamente, os satélites e os sistemas de laser têm produzido, a par de elementos outros, que as conquistas tecnológicas na área vêm acrescentando ao mundo fático.

Mas essa esquematização resultou de longa evolução, em que se superaram inúmeros obstáculos doutrinários e práticos.

De início, foi árdua e acirrada a luta pelo reconhecimento de direitos a criadores intelectuais, possível graças à Revolução Francesa. É que, a partir da constatação da existência de direito sobre cópias ou reproduções de escritos, conheceu o mundo, ainda na Idade Média, o regime dos monopólios de exploração, que os editores obtinham do “Conselho do Rei” para os livros que lançavam. Admitiu-se, então, direito a editores e não a autores.

Coube à Inglaterra a primazia na expedição de diploma legal sobre *copyright*, com o “Estatuto da Rainha Ana” (1710), em que se buscava mais resguardo à obra, ou seja, com sensível marca de objetividade. Direito mesmo, atribuído ao criador, somente se fez presente com as leis francesas baixadas pelos revolucionários (1793), exatamente para extinção dos privilégios dos editores. Precedentes das cortes francesas na caminhada para o reconhecimento legal de direitos relacionados à criação da obras.

Com esse alcance é que, na era moderna, plasmaram-se os direitos autorais no mundo jurídico, não obstante posições doutrinárias discordantes, mas que sempre se identificaram em um ponto, o da necessidade de efetiva proteção a esses direitos como meio de geração de expansão de cultura nacional. Nesse sentido é que, apesar de divergências ideológicas assinaladas entre Ocidente e Oriente durante décadas, da enorme diversidade de cultura e de civilização entre os povos que habitam os cinco continentes, das finalidades distintas buscadas em cada qual, as nações têm encontrado, no plano do Direito de Autor, certa uniformização de entendimento e mesmo legislativa, a revelar o sentido de universalidade que a matéria oferece.

Em verdade, tratando-se de amparo jurídico a mais nobre manifestação do espírito humano – a obra de caráter artístico, literário ou científico -, tem os povos encontrados denominadores comuns nos princípios e nas regras que vêm pondo para a respectiva regência e que, na prática, são responsáveis pelo respeito demonstrado, de um modo geral, pelos criadores intelectuais, em tema de consideração e, também, de retribuição econômica, embora muito haja ainda por efetivar-se nessa última esfera. Loas, homenagens e afeição pública, de regra, sempre adornaram a via do artista, do literato e do cientista, desde tempos primitivos, quando mereciam acolhida especial nas cortes e os palácios. Dificuldades têm acompanhado, de outra parte, o item econômico dos direitos autorais, em razão de inúmeros fatores, que na prática se conjugam, como, de resto, em outros setores da economia, criando resistências, perplexidades ou mesmo inconformismos.

De qualquer sorte, quando se apreendeu o vulto dos direitos em tela, em termos patrimoniais, cogitou-se logo da definição de mecanismos próprios de realização, em que tiveram atuação decisiva as associações de titulares, erigidas sob o signo do ditado “a união faz a força”. É que, congregando interessados nas várias áreas de criação (teatro, música, literatura e outras), facilitaram o regime de outorga de autorização autoral aos empresários e aos usuários de obras intelectuais e, ao mesmo tempo, passaram a constituir-se em pólos de poder na contratação com terceiros, suprimindo, dessa forma, as deficiências naturais que os criadores individuais sempre apresentam nos contatos com as grandes empresas exploradoras.

Concebidos, inicialmente, em nível interno, ganharam depois sentido de internacionalização, em especial com a exportação de obras intelectuais estéticas dos centros mais desenvolvidos para todos os países interessados. A invenção de fotografia e, na seqüência, a do rádio, a do cinema, a da televisão, a do satélite e a de outros tantos meios de comunicação imprimiram ao cenário fático as dimensões extracontinentais ora verificadas, exigindo a criação de um sistema de defesa supranacional, consagrado na referida União de Berna, de 1886.

Ficou evidente a expressão econômica dos direitos em questão com os resultados obtidos, ao longo dos tempos, na indústria livreira, no teatro, na comercialização de música e de obras de arte e, mais modernamente, com a extraordinária massa de recursos financeiros que envolvem o cinema, a televisão, os satélites, a área musical, dramática e outras tantas, que movimentam, em todo o mundo, milhares e milhares de dólares, em termos de criação, produção, distribuição e comercialização de obras intelectuais.

O Direito de Autor no Brasil

Há, em nosso país, regulação na Constituição (art. 5, XXVII e XXVIII) e na legislação ordinária (Lei 5.988, de 14.12.73).

No primeiro plano, a Carta atual ampliou a proteção conferida a esse Direito, acrescentando, em relação à anterior: a) os direitos de “publicação ou reprodução” das obras (XXVII); b) a proteção às “participações individuais em obras coletivas” e à “reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas” (XXVII); c) o direito de “fiscalização do aproveitamento econômico das obras”, tanto aos criadores, como aos intérpretes e às respectivas “representações sindicais e associativas” (XXVIII).

Tem-se, então, que, a par do direito de utilização genericamente previsto na Carta anterior, somam-se as novas conquistas, em que se especificam: a exclusividade na publicação e na reprodução das obras; a participação nas obras coletivas, ou seja, aquelas em que as elaborações individuais se fundem em

um resultado geral (a obra final, como a novela, o filme, o dicionário); e às associações de titulares de direitos, quanto à utilização econômica das criações de seus filiados.

Ora, diante disso se pôs, na prática, a questão de saber-se em que medida foi atingida, pelo novo sistema, a Lei 5.988/73, sobre direitos autorais, editada em plena vigência da Constituição anterior. Formaram-se, então, duas correntes: uma mais abrangente, que defendia a completa reformulação da legislação autoral; inclusive com a revisão de conceitos tradicionalmente firmados na matéria; outra, mais restrita que sustentava a simples adaptação da lei aos novos cânones, eis que compatível se mostrava – com se mostra – ao respectivo sistema.

Filiamo-nos à segunda, sustentando, em escritos, congressos e debates públicos travados a respeito, que não só não é necessária a edição de nova lei, como técnica e economicamente se afigura mais adequada a aprovação de projeto específico de atualização e de ajuste aos novos mandamentos constitucionais. E é esse o entendimento que vem prevalecendo.

Ora, a par de perfeitamente ajustável ao novo sistema constitucional, a Lei 5.988/73 já conta com caudaloso e coerente acervo jurisprudencial, em que se vem fazendo justiça aos titulares de direitos autorais, em diversas situações de conflito expostas à apreciação dos Tribunais.

Tal lei foi instituída à luz da influência da lei francesa, considerada, universalmente como a de mais alto grau de proteção conferido aos titulares de direitos.

A lei contempla, portanto, mandamentos consagrados pela experiência jurídica dos povos civilizados, embasando-se, aliás em doutrinas assentadas há cerca de dois séculos e depois de longa e sensível evolução.

Revela-se, assim, como diploma perfeitamente ajustável às necessidades do setor cultural, na proteção dos valores que lhe são ínsitos, segundo concepções aceitas em todo o mundo e mesmo de sistemas jurídicos diferentes, como, por exemplo, dentre os países que seguiram o modelo francês (sistema subjetivo, mais voltado à proteção dos titulares) e os que se filiam ao regime inglês da *common law* (sistema objetivo, mais dirigido à proteção das obras).

Razão nenhuma existe, assim, para que se mude, de modo substancial, a lei vigente, que deve prevalecer em sua textura básica com as alterações decorrentes da necessidade de internação, em seu contexto, dos novos mandamentos constitucionais e da necessidade de proteção aos titulares, em vista do progresso tecnológico verificado no período, em particular com relação ao controle da reprografia, que se tem mostrado como o mais grave desafio aos direitos em questão.

A própria situação fática do mercado cultural está a aconselhar a assunção da postura que sustentamos: vale dizer, não cogitam os intelectuais lúcidos de reforma de tal, em sua plenitude, mas sim de mero ajuste técnico, até porque, com isso, serão elididas eventuais que possam reduzir, ou mesmo eliminar, as conquistas alcançadas com a Lei 5.988/73.

Sinaliza-se, então, a via proposta como a de melhor efeito para as finalidades ora buscadas pelos titulares, ou seja, as de integração, ao plano já existente, dos direitos derivados dos novos mandamentos.

Defendemos, em função do exposto, as seguintes posições: manutenção da Lei 5.988/73 com texto normativo básico para a proteção autoral; ajuste de certos textos, identificados a seguir, aos referidos princípios constitucionais, por meio de projeto(s) específico(s) ou global, conforme o caso; instituição de regime próprio, para controle de reprografia, através de inclusão de disposição especial na lei citada; recomposição do Conselho Nacional de Direito Autoral, com elementos conhecedores de problemática autoral no país.

Os pontos da lei que merecem alteração são, pois, os seguintes: art. 4º: inclusão das noções de obra coletiva e de reprografia; art. 15: inserção do direito de participação em obras coletivas; art. 29: enunciação dos direitos de publicação e reprodução; art. 30: especificação dos direitos sobre reproduções reprográficas; art. 99: enunciação do direito sobre reprodução de voz e imagem; art. 104:

introdução do direito de fiscalização pelos sindicatos; parágrafo único do art. 126: sanção às emissoras que não divulgarem os nomes dos autores e dos demais titulares de direitos sobre obras musicais.

Considerando necessária, com a citada lei (art. 1160), a existência de órgão estatal de assistência, de fiscalização e de consulta – o Conselho Nacional de Direito Autoral, que, no entanto, foi desativado, injustificadamente, pelo governo anterior -, propomos, observadas, em sua edição, as regras da representação paritária e de participação de juristas especializados. Observe-se que tal Instituto continua previsto na lei citada (arts. 116 e ss), não tendo sido revogado nem se tornado incompatível com a nova Carta, pois o próprio governo anterior não o relacionou, dentre aqueles que extinguiu, na lei específica editada a propósito. Sua existência, ademais, compatibiliza-se com o regime convencional de Berna, sendo, em todos os países, o ponto máximo de apoio à defesa dos titulares de direito.

Com isso, poder-se-á dotar o setor cultural de sistema protetivo adequado, a exemplo do que ocorre em outros países integrantes da referida convenção, que dispõem de conselhos, oficinas ou registro especiais, os quais atuam na efetiva harmonização dos interesses em jogo na área administrativa e, também, na normalização de matérias relativas ao Direito de Autor.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

CONDOMÍNIO FECHADO HORIZONTAL

Venicio Antonio de Paula Salles
Juiz da 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Os Condomínios Horizontais Fechados se multiplicaram no Estado de São Paulo, tornando-se um a realidade tão contundente que não podem mais ser simplesmente ignorados pelo Poder Público. A população, principalmente a população proveniente das classes média e alta, têm se organizado, criando verdadeiros Núcleos Urbanos, promovendo privativamente toda a infra-estrutura necessária, prescindindo de qualquer ajuda das Administrações locais. Estes empreendimentos invariavelmente contam com estrutura e infra-estrutura extremamente mais aperfeiçoada do que as das cidades a que pertencem, apresentando um sistema de segurança mais adequado e formas de preservação ambiental mais eficiente.

Estes Condomínios cumprem tarefas típicas do Estado, sem acarretar quaisquer encargos à Administração Pública. Pelo contrário, mesmo sendo os responsáveis pela manutenção e conservação, de todos os serviços internos, os proprietários recolhem o IPTU, que nestas condições, pode ser utilizado socialmente para amparar as populações mais carentes.

No entanto, mesmo se tratando de movimento e atividade lícita e benéfica socialmente, os Condomínios Fechados têm enfrentado grande preconceito das autoridades constituídas que buscam resolver as questões sociais menores, tentando repassar o ônus que é do Estado, para esta população tida como favorecida.

Esta indevida e desproporcional exploração tem raízes nas dificuldades que se impõem ao Registro Imobiliário de tais empreendimentos. Aliás, mais do que dificuldades, na medida em que prevalece por décadas o entendimento de que não se pode promover o Registro Imobiliário de Condomínios Fechados.

Nega-se reiteradamente a regularização de uma situação que se tornou uma realidade, apenas em virtude de dificuldades burocráticas. Necessário, urgentemente, um repensar sobre este tema, para que não se cometam mais injustiças, privando parte da população de um direito que não lhes pode ser negado.

Pois bem, em princípio é de se anotar que não existe lei alguma que proíba a existência de Condomínios Horizontais Fechados. As Constituições Federal e Estadual, também não estampam qualquer preceito proibindo esta forma de organização da propriedade privada.

O Código Civil Brasileiro consagra a compropriedade, admitindo a existência de vários donos para uma mesma propriedade. No dizer do saudoso professor Hely Lopes Meirelles, “condomínio é o direito de propriedade de duas ou mais pessoas sobre partes ideais de uma mesma coisa (*pro indiviso*)”, ou como diz Clóvis, “é uma forma anormal de propriedade, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerça com exclusão dos outros; são dois ou mais sujeitos, que exercem o direito simultaneamente” (in *Direito de Construir* – 4ª ed. RT – p.3).

Esta natural previsão da legislação material, que na época já era digerida com dificuldade pelos velhos mestres, que a entendiam como um exercício anômalo do direito de propriedade, não teve o condão de criar os Condomínios indivisos. O Código Civil apenas reconheceu a existência desta situação fática e concreta e firmou as regras básicas.

O Código Civil ou qualquer outra legislação subalterna, evidentemente, não têm a missão precípua de criar direitos, da mesma forma como a ausência de regulamentação não é apta a extinguir ou negar direitos. Todo o regramento sobre as relações de direito privado devem ter este direcionamento, pois neste campo, tudo é permitido desde que não seja expressamente proibido, inversamente do que ocorre no campo do direito público, em que tudo é proibido desde que não seja expressamente permitido.

Nosso antigo Código Civil, contemplou apenas a hipótese de condomínios fracionados em partes ideais, onde todos são proprietários de toda área comum, até porque não existiam outras formas de exercer o direito de propriedade. Naturalmente deixou de estabelecer regras relativas aos Condomínios Fracionados em partes individualizadas. Tal falta de previsão não pode ser interpretada como uma proibição, mais ainda em razão do direito de propriedade decorrer diretamente do Texto Constitucional, de forma que não poderiam prevalecer restrições não contempladas na própria Carta Política.

No novo Texto Constitucional, a propriedade privada apareceu limitada pela necessidade de cumprimento da função social. A estrutura ilimitada como era consagrada em textos passados, cedeu espaço pra uma forma mais preocupada com o contexto social, submetendo direitos individuais a prioridades coletivas e públicas. No entanto, esta limitação tem conteúdo jurídico certo e delimitado, na medida em que apenas o Plano Diretor pode prever, para cada Município, em que consiste a função social.

Assim, desde que o uso da propriedade não se antagonize com os dizeres e enunciados do Plano Diretor, podem os seus titulares exercer o correspondente direito de propriedade sem limitações ou restrições.

Neste passo, cumpre indagar a quem interessa a ausência de autorização para a implantação de Condomínios Horizontais Fechados.

Ao Estado? Certamente que não. Pois estes condomínios além de não criarem qualquer estorvo para a comunidade, prestam imprescindível auxílio, gerando empregos e incrementando tributária,. De outro lado, tanto para a comunidade como para ao Poder Público, indiferente é o fato destas áreas permanecerem indivisas (compropriedade), ou serem racionadas internamente.

De outro lado, é de se anotar que mesmo em existindo interesse público na utilização coletiva da área do empreendimento fechado, o caminho e constitucional a ser trilhado é a desapropriação total ou parcial.

O Estado tem todas as prerrogativas para controlar adequadamente a ocupação do solo, sem precisar simplesmente impedir a implantação destes Condomínios Fechados.

Assim, considerando que inexistente proibição para a implantação destes Condomínios Fechados, e ponderando ainda que não existem interesses sinceros e plausíveis que se oponham à implantação de tais empreendimentos, quer sejam políticos, sociais ou urbanísticos, é de se concluir que a reiterada obstrução a tal regularização decorre de entendimento meramente interpretativo.

O equívoco inicial consistiu na publicação de legislação impertinente, e assim mesmo, sem os devidos e necessários ajustes que toda adaptação exige.

Considerou-se aplicável analogicamente a legislação sobre parcelamento do solo, tratada pelo vetusto Dec.- lei 58/37 e pela Lei 6.766/79. Como ocorre em toda e qualquer “adaptação”, sérios problemas de ajuste foram encontrados, fazendo com que benefícios conferidos aos pequenos adquirentes de lotes, fossem entendidos e conjugados a desfavor dos proprietários de partes fracionadas dos Condomínios Fechados.

Exemplo disto ocorre com a necessidade de doação das vias e logradouros internos.

Por razões óbvias, a Lei 6.766/79 exige a doação de todas as vias internas e praças à Administração Municipal (art. 22). Tal medida garante ao pequeno adquirente de lote, a continuidade da conservação da infra-estrutura implantada e a perspectiva de contar também com a normal infra-estrutura Estatal, como coleta de lixo, limpeza em manutenção das vias, edificação das escolas, implantação de transporte coletivo, efetivação da rede de coleta de esgotos, rede de distribuição de água, bem como, a distribuição de energia elétrica.

É de se aplaudir a dicção legal, que assegurou ao pequeno comprador de lote a efetivação desta necessária infra-estrutura, sem a qual, todo seu esforço tendente a implantar sua moradia, poderia ficar comprometido e sensivelmente diminuído.

A situação fática dos Condomínios Fechados, principalmente aqueles destinados a moradias de laser, é diametralmente contrária a esta. Os condomínios prescindem desta infra-estrutura, pois são os proprietários que se incumbem de abrir as vias internas, promovendo a adequada manutenção. Cuidam diretamente da edificação de toda a rede de água e esgoto, promovem a construção do sistema de tratamento da água, além de realizarem os serviços básicos de coleta de lixo. Implantam, enfim, todas as melhorias necessárias para o adequado funcionamento interno do condomínio, não necessitando qualquer colaboração ou auxílio do Poder Municipal.

Assim, não há sentido em se lhes impor restrições decorrentes da Lei de Parcelamento do Solo, primeiro porque a norma em questão se aplica exclusivamente a loteamentos e desmembramentos, e não a condomínios. E, em segundo lugar, porque se desconsiderou a necessidade de adequação da norma na sua aplicação extensiva, conjugando benefícios conferidos pelo zeloso legislador ordinário, como restrições aos condôminos. Impôs-se a estes a doação das vias internas, sem qualquer necessidade ou sem atender a qualquer interesse.

Todos os Condomínios Fechados existentes atualmente tiveram seus registros condicionados à doação das vias e logradouros, sem o que não teriam a devida aprovação Municipal e o Registro Imobiliário. Tais doações, na medida em que foram impostas coercitivamente como única alternativa, podem até ser anuladas, vez que o ato foi exercido sem o concurso da vontade, que é seu pressuposto fundamental de validade.

O vício é tão latente que sequer se mostra necessária e desafetação. Além do mais, o Poder Municipal não assumiu os encargos e a tarefa relativa à conservação e manutenção dos espaços internos, deixando comodamente este ônus aos proprietários.

Caminhos exclusivamente formais estão sendo utilizados para a restrição de direitos. Afinal, o proprietário de grande gleba tem o direito à fruição integral de sua propriedade. Pode aliená-lo inteiramente para um ou para muitos adquirentes, no enquanto, neste segundo caso, não podem os compradores, fracionar internamente a área, pois nesta hipótese o Poder Público não lhes reconhece validade e publicidade no negócio privado, impedindo o Registro Imobiliário.

Várias soluções existem e devem ser viabilizadas para que não se perpetuem estas restrições de direito, afinal, o condomínio, sensatamente, cumpre adequadamente sua função social, exonerando o Poder Público de incumbências e ônus desnecessários.

O intérprete e o aplicador do direito devem reconhecer que, atualmente, os condomínios são implantados com todas as características de Condomínios Fechados. Portarias são edificadas as ruas são asfaltadas pelos particulares, grandiosa infra-estrutura é realizada e a segurança interna é mantida

pelos proprietários. O Poder Público local deixa de tomar qualquer atitude com relação à área, considerando-a, na prática, área privada.

Tudo funciona a contento, à exceção do simples reconhecimento do Direito dos Condôminos. Neste ponto é que se deve repensar a situação, para que, sem prejuízo à comunidade sejam regularizados os Condomínios existentes e admitida a regularização dos futuros.

Não há sentido prático algum em não se reconhecer um simples direito ao Registro Imobiliário destes empreendimentos.

Deve-se levar em conta que os Condôminos desejam apenas conquistar o direito ao Registro Imobiliário, para contarem com matrículas individualizadas da respectiva fração, que contenha, ainda a previsão relativa aos espaços comuns (sem doação das vias), e o compromisso com a manutenção das áreas verdes. Nada mais. Apenas a efetivação do direito de propriedade que decorre da Constituição.

No entanto, o imobilismo parlamentar e a inércia interpretativa têm, ao longo do tempo, negado injustificadamente esse direito, como se tivessem estas nossas autoridades uma venda nos olhos, que os impedissem de sentir e tiver esta nova realidade. Escondem-se sob o manto de interpretações técnicas-jurídicas mas despidas de contato com esta realidade concreta e tangível.

Todo aplicador do Direito deve entender que existe uma grande janela de comunicação entre o mundo normativo e o mundo real (o mundo do dever ser e o mundo do ser). Sem este ponto de contato e de recíprocas interferências não há condições de se conquistar interpretações corretas. Não se pode, portanto, desprezar as realidades existentes.

Como conclusão desta explanação, é de se renovar as indagações que o trabalho sugeriu.

A quem interessa a ausência de registro adequado aos Condomínios Horizontais Fechados? A ninguém. Que lei os proíbe? Nenhuma.

A regularização desta situação gerará maior tranqüilidade e segurança a quem deseja investir nestes empreendimentos, impedindo que recursos sejam carreados para fora do país onde não se estorva ou proíbe este tipo de empreendimento. Além do mais, a própria existência de Condomínios Fechados alavanca oportunidades de trabalho.

Por fim, a alteração desta situação viria impedir que autoridades locais, que se mostram ávidas a encontrar soluções milagrosas para os desajustes sociais, venham a impingir para os condôminos parte deste indevido fardo.

DIREITO CONSTITUCIONAL

TERÇO SALARIAL PREVISTO NO ART. 7º DA CF

EXCLUSÃO DOS JUÍZES APOSENTADOS

Nelson Pinheiro Franco
Desembargador Aposentado

A vontade das modernas Constituições Brasileiras foi sempre a de que, sob os aspectos da retribuição pecuniária, os magistrados aposentados não estivessem nunca em situação inferior aos magistrados da ativa. A causa final do preceito, a sua razão teleológica, assenta naquele “sens intime, une force interne, une loi qui pousse l’homme vers la justice”, para usar das palavras de J.E. Labbé, no prefácio da “Explication Historique des Instituts de Justiniano”, escrita por Ortolan (ed. 1883, Paris).

Donde a conseqüência de que, sob esse prisma, o intérprete não pode ser avaro de sentimentos, tímido ou indeciso, porque ele está a braços com uma garantia constitucional expressa em termos de

superabundante certeza. Leia-se a maneira ampla em que foi vazada a proposição: “Os proventos da aposentadoria serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação de cargo ou função em que se deu a aposentadoria na forma da lei”.

Por errônea compreensão das coisas, esse preceito constitucional tão abrangente não está sendo observado. Com efeito, os juizes da ativa passaram a receber um terço a mais dos seus vencimentos ou salário em cumprimento ao art. 7º, XVII, da Carta Magna. E essa vantagem, benefício ou aumento, não foi estendido aos juizes aposentados, em evidente transgressão ao art. 40, § 4º, supra transcrito. Esse art. 40, § 4º, que firma o princípio da igualdade remuneratória entre juizes em atividade e fora dela, a única ressalva que eventualmente se lhe pode fazer é aquela do art. 39, § 1º, que exclui as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou o local do trabalho, com as quais o terço salarial em causa, evidentemente, não se identifica.

Que vem a ser, afinal, o terço de que se trata? Haverá quem duvide de que é benefício ou vantagem de caráter geral? E se os proventos de aposentadoria são integrais (art. 93, VI, da CF), que integralidade é essa se lhe retiram ao aposentado esse terço remuneratório integrante dos vencimentos ou do salário normal, pago a mais por ocasião das férias forenses?

Ouve-se o argumento, lançado ao sabor das conversas desatentas ou distraídas, de que o aposentado não goza férias. Mas, *quid inde?*

Na remuneração dos aposentados, incluem-se os vencimentos ou salários relativos às férias dos juizes da ativa. Se assim não fosse, o juiz aposentado receberia tão-somente dez meses de ordenado. Ora, se no cômputo geral se incluem para os aposentados esses vencimentos ou salário relativos às férias dos juizes em atividade, tais vencimentos lhes devem ser pagos em sua inteireza com o terço salarial que a Constituição lhes acresceu. Do contrário, haveria amputação salarial.

Não existe impossibilidade legal ou moral entre o art. 40, § 4º e o art. 7º, XVII. Impossível é vê-los em testilhas. Subsume-se este naquele – como a premissa no silogismo –, para extrair-lhe a consequência protetiva.

O terço é benefício de natureza geral e impessoal aos juizes da ativa concedido e passa, necessariamente, aos aposentados porque assim o quer o citado art. 40, com a chancela do princípio da irredutibilidade, previsto no art. 95, III.

O salário relativo aos dois meses de férias do juiz e atividade é pago ao aposentado. E porque o não seria o acréscimo salarial de um terço, que não é outra coisa senão aumento salarial e se amalgama ao salário normal, formando com ele uma única entidade estipendiária? Consoa com esse entendimento a lição de Del Vecchio¹: “as normas reguladoras do operar das ações terão de ser coerentes e não contraditórias entre si”.

O pagamento de um terço sobre o salário normal foi uma forma de melhorar a retribuição devida ao magistrado. Esse critério de melhoria já se nos depara no 13º salário, a velha gratificação de Natal. Um teve em vista folga a maior na usufruição das férias; outro, seu congênere, as festividades de fim de ano. Podiam ter sido concedidas em qualquer período temporal. Foram-no, porém, em momentos justificadores de gastos maiores e menores e despesas extraordinárias. Em que se diferenciam, pergunto eu, para dar-lhes tratamento contraditório?

Cogliolo, na sua preciosa Filosofia do Direito, utiliza este pensamento de luz, em situações de semelhante indecisão: “A percepção das coisas, diz ele com outras palavras, às vezes requer uma lente de aumento, porque a realidade nem sempre se nos apresenta com nitidez”. Que é que a Constituição visa com a garantia de igualdade de tratamento entre servidores da ativa e aposentados? A resposta todos já sabem na ponta da língua: evitar que, por motivos ideológicos, subalternos, sub-reptícios, ou oscilações da política, entendimentos pessoais e *ad hominem* ou doutrinários, os aposentados sofram achatamento salarial em momento crucial de sua existência. São elucidativas as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Nada havia no direito anterior a este respeito. Isto ensejava um artifício por parte da Administração, quando esta pretendia favorecer os servidores em atividade, em detrimento dos

servidores aposentados, mormente... o de conceder benefícios ou vantagens novos àqueles servidores em atividade”.

Vejam, agora, as coisas pela lente intelectual de Cogliolo. O legislador poderia, em vez de conceder o terço salarial, aumentar a remuneração das férias de dois terços, três e assim por diante. Todos concordam que poderiam (o próprio art 7º, XVII, acena, com a cláusula “pelo menos”, para essa possibilidade). E em que daria isso, agora palpavelmente, senão naquele achatamento salarial de que se falou, com violação gritante do princípio da isonomia e, para os juízes, o da irredutibilidade dos vencimentos? Sob essa forma de exagero, portanto, transluz um a realidade que expõe a calva das injustiças que os aposentados estão sofrendo.

Não é só, porém. Não se trata no caso de uma vantagem pessoal. O terço salarial (salarial, note-se bem), pago aos servidores da ativa, é como o 13º salário, benefício impessoal, complementar, concedido indistintamente a todos os magistrados. Não configura, portanto, aquela vantagem ou benefício retirável esquematizado por Hely Lopes Meirelles², vantagem que depende de um trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*) ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (*ex facto officii*) ou em razão de anormalidade do serviço (*propter laborem*), ou finalmente, em razão de condições individuais do servidor (*propter personam*). Em suma: “o benefício do terço salarial, de natureza complementar e alimentar, não é uma vantagem individual, nem relativa à natureza ou do local do trabalho, única ressalva do art. 39, 1º, da Carta Magna.” E assim deve ser estendida ao aposentado. É de insistir, por sobre isso, que esse terço é, Omo vimos, o congênere do 13º salário. A natureza da remuneração das férias, segundo Amauri do Nascimento invocado por Cretella, é inequivocadamente salarial. E tudo que se lhes acresce, por força de compreensão, será salário ou provento a que tem direito o aposentado.

Em suma que: O terço de que se trata por ser geral e impessoal, é um benefício ou vantagem que não se inclui na ressalva intransitiva de que falam Hely e o art. 39, 1º, da Constituição Federal. Passa, pois, ao aposentado. Além de tal circunstância, ele traduz apenas aumento de salário e, como tal, é salário (*mutato nomine de te fabula narratur*). Tem natureza alimentar, como o 13º salário, é impessoal, constituindo-se de vantagem remuneratória integrativa dos vencimentos, irretirável.

A lei concessiva do terço não disse, como seria curial que o fizesse, da sua inextensão aos inativos. E, se dissesse, o seu dito não passaria da *flatus vocis*, que o intérprete não consideraria jamais, pelas razões acima expostas.

Para ultimar, insista-se no argumento irresponsável, *data venia*, de que o terço salarial tem efeito complementar do salário pago nas férias. É como se a lei dissesse; os vencimentos dos juízes nos períodos de férias ficam aumentados de um terço. Como esses vencimentos correspondentes às férias também compõem a remuneração dos aposentados (v. considerações acima feitas) segue-se que a estes serão extensíveis na sua integridade. Não há como escapar a esse raciocínio. *Tertium non datur*.

Para não concordar com os argumentos expostos é preciso fazer tabula rasa de que o fundamental, o que verdadeiramente como na aplicação do Direito, é o mundo dos princípios, não a ginástica dialética sobre as palavras da lei, em que se compraz o casuísmo jurídico.

Rudolf Stammler, em preciso livro traduzido para o espanhol por Emílio F. Camus, aponta ao intérprete o seu verdadeiro caminho. “Estos casos particulares, deben ser enfocados y dominados em uma vision general, deben ser ordenados em forma unitária... Ningún caso concreto puede determinar-se com claridade y nitidez, si solo se lo infoca aisladamente, como tal caso concreto y nitidez, si solo se lo infoca aisladamente, como tal caso concreto y limitado”. (El Juez, 1941, FLS. 5 E 6).

Sob esse ângulo unitário, o aspecto dos princípios é que a causa deve ser encarada e decidida. E qual o princípio em tudo dominante, sol que ilumina a escuridão interpretativa *sub iudice*? Ele é simplesmente a Constituição. A Lei Maior a que todos devem reverência, no seu texto mais genérico, mas expressivo, mais abrangente, mais de acordo com o seu espírito, a sua teleologia e a proteção dos direitos individuais no plano da isonomia.

Não custa transcrever ais uma vez a proposição vinculativa, com destaque para a amplitude da expressão quaisquer. “Os proventos da aposentadoria serão revistos na mesma proporção dos

servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação de cargo ou função em que se deu a aposentadoria na forma da lei” (art. 40, § 4º).

“On n’allume pás une chandelle, dit Pierre Daumien, pour voir lê soleil”³.

O art. 7º, XVII, da Constituição, insere-se nesse princípio maior para fazê-lo irradiar a justiça e fazê-lo irradiar a justiça e fazê-la efetiva, tornando-o garantia iniludível dos aposentados, que palmilharam os mesmos caminhos de luas e sacrifícios, a mesma *via crucis* dos juízes de hoje. Que maior razão, nessa igualdade rigorosa de situações, para tratar os juízes aposentados como iguais aos da ativa, independentemente dos adinículos jurídicos já aduzidos, na percepção de uma vantagem geral, impessoal e de cunho francamente alimentar?

Conclusão

O art. 40, § 4º, da CF, é bastante em si. E ele diz textualmente que o aposentado, em igualdade de situações, não poderá ficar à margem de quaisquer (quaisquer, note-se bem) benefícios ou vantagens concedidos aos juízes da ativa, rumo inequivocadamente seguido pelas recentes Constituições Brasileiras e a legislação ordinária (vide art. 232, da Lei Est. 10.261, de 28.10.68).

O terço salarial em causa é, como o 13º salário, simples aumento de vencimentos. A concentração de seu pagamento em determinados períodos, foi a maneira previdenciária encontrada pelo legislador de assegurar de assegurar ao funcionalismo, sempre às voltas com problemas financeiros, uma poupança compulsória, visando ao gozo das férias e festividades de fim de ano.

Demos que se trata de adicional. Mas, esse benefício ou vantagem, por sua natureza salarial e alimentar, faz-se perene, permanentemente e integrativo, consoante a lição de Hely⁴. E, assim, o quer o próprio Estatuto dos Servidores da União, que lhe acrescenta a palavra irredutibilidade. Leiam-lhe os arts. 41,49 2º e 61,VII (Lei 8.112, de 11.12.90). Haverá autoridades que os sobrepujem? São tão fortes os laços de união do adicional com os vencimentos, que a Constituição o fez intocável, livre de condições. Só esta consideração, *per se primo*, bastaria para justificar a transmigração dele para o patrimônio dos juízes inativos. Por um processo de aglutinação administrativa, identificou-se com o todo remuneratório. E não há mais como separá-lo.

A extensão desse aumento, vantagem, benefício ou adicional, aos aposentados, advém do princípio da isonomia que, nunca como aqui, encontra melhor campo de aplicação. Ela não precisaria sequer de explicitação, porque os juízes aposentados, havendo exercido funções absolutamente iguais (inçadas talvez de maiores dificuldades) às dos juízes da ativa, protegem-nos os direitos e garantias implícitos a que alude o art. 5º, LXXVII, 2º, da Carta Magna.

Notas e Referências Bibliográficas

1. DEL VECCHIO. *Lições de Filos*, vol., p. 33, trad.
2. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 7ª ed. Atualizada, 1979, RT.p. 441.
3. GILSON, Etienne. *Christianisme e Philosophie* 1949, p. 15.
4. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 9ª ed.at., p. 394.

DIREITO CONSTITUCIONAL

A CONSOCIAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA.

Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça
Juíza Federal em Belo Horizonte – MG

Karl Lorenz¹ conceitua os *princípios jurídicos*, que ele denomina de *princípios éticos-jurídicos*, como “pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem

justificar resoluções jurídicas”, acrescentando: “Enquanto ‘idéias jurídicas materiais’ são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como esta se apresenta no seu grau de evolução histórica, alguns deles estão expressamente declarados na Constituição ou noutras leis; outros podem ser deduzidos da regulação legal, da sua cadeia de sentido, por via de uma ‘analogia geral’ ou do retorno à *ratio legis*, alguns foram ‘descobertos’ e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, as mais das vezes atendendo a casos determinados, não solucionáveis de outro modo, e que logo se impuseram na ‘consciência jurídica geral’, graças à força de convicção a eles inerente. Decisiva permanece a sua referência de sentido à idéia de Direito.”

É no sentido de idéias diretivas de uma ordem jurídica, como conceituados por *Karl Larenz*, que tomamos a expressão *princípios jurídicos* neste nosso trabalho.

Os princípios jurídicos podem exteriorizar-se de dois modos: em regra, eles têm o caráter de idéias jurídicas diretivas, que não se prestam à resolução de casos particulares a não ser quando da sua concretização na lei ou pela jurisprudência; mas existem ainda outros princípios que condensado numa regra imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas, em si próprio, *lex*. Estes últimos princípios podem ser denominados de *princípios com forma de proposição jurídica* em contraposição aos primeiros, os chamados *princípios abertos*.

As fronteiras entre os dois tipos de princípios jurídicos aqui referidos é fluida, não sendo possível indicar-se a partir de que ponto o princípio jurídico acha-se tão concretizado de modo a poder ser considerado como *princípio com forma de proposição jurídica*.

Exemplos de *princípios com forma de proposição jurídica* são aqueles que, embora não estejam explicitados na lei, estão contidos nela quando a mesma lei lhes estabelece exceções; assim, se na lei não tiver sido feita qualquer exceção e não for o caso de uma lacuna legal, o princípio é de aplicação imediata; é o caso, por exemplo, do princípio da liberdade contratual e da liberdade de forma que vigem no campo do direito das obrigações, ao lado do qual se situa o *princípio aberto* da autonomia da vontade no campo do direito privado; e também do princípio *nulla poena sine e ne bis in idem*.

Os *princípios com forma de proposição jurídica* situam-se entre os *princípios abertos*, que eles concretizam numa determinada direção, e as *normas jurídicas com previsões concebidas de modo muito amplo*, distinguindo-se os primeiros destas últimas pela importância destacada que lhes cabe no contexto global de uma regulação².

Os princípios jurídicos – *abertos* ou *com forma de proposição jurídica* – são espécies do gênero norma jurídica, pela sua indiscutível inserção no direito positivo e pelo seu inegável caráter normativo.

Os princípios jurídicos, na maior parte das vezes, não se apresentam sob a roupagem de regras gerais às quais se possam subsumir situações de fato também de caráter geral, necessitando de ser concretizados. Essa concretização se processa em diversos graus: situam-se no grau mais elevado os princípios que só contêm uma idéia jurídica geral que orienta a concretização ulterior *como* um *fi condutor*, como o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o princípio do respeito à dignidade humana, por exemplo; num degrau abaixo, situam-se os princípios que contêm alguma especificação de previsão e consequência jurídica, como o princípio da igualdade, o princípio da confiança, o princípio da irretroatividade das leis, por exemplo; tais subprincípios não consubstanciam regras de cuja aplicação direta poder-se-ia chegar à solução de um caso particular, fazendo-se necessário, no seu caso também, concretizações ulteriores geralmente feitas através da Lei que contém as regras jurídicas específicas; a concretização final, efetua-a sempre a jurisprudência, no tratamento do caso concreto que lhe é levado para julgamento.

Os princípios e subprincípios jurídicos servem de alicerce ao sistema em que eles se inserem, não se tratando esse mesmo sistema de um sistema dedutivo, já que os princípios se esclarecem pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com os princípios, o que leva a que se observe a existência de um esclarecimento recíproco entre os princípios jurídicos e as suas concretizações.

Dentro do sistema composto pelos princípios jurídicos, percebe-se a ocorrência de que se costuma chamar de *jogo concertado* e não totalmente *pré-programado*³ entre os princípios jurídicos que tenham igual peso⁴ nos diferentes graus de concretização. Aliomar Baleeiro⁵, com muita felicidade, utilizou-se

da palavra *consociação* para exprimir a idéia de associação, harmonização entre princípios jurídicos, que corresponde, harmonização entre princípios jurídicos, que corresponde, exatamente, ao *jogo concertado* de Karl Larenz; por esse *jogo concertado*, os princípios de igual peso no mesmo grau de concretização ora se completam ora se restringem reciprocamente, sem que se possa determinar, de antemão, o limite a partir do qual um princípio dá a primazia ao outro, e, é nesse *jogo*, na sua realização, que se esclarece o alcance e o significado pleno dos princípios nele envolvidos.

Cabe primeiro ao legislador e depois ao juiz, este último no quadro de livre apreciação que lhe resta, fazer as necessárias valorações complementares dos princípios em cada grau de concretização, para extrair-lhes o alcance e o conteúdo.

A Consociação entre os princípios constitucionais da Irretroatividade e da Anterioridade da Lei Tributária.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 150, I, prevê que somente por meio de lei poderá ser instituído ou aumentado um tributo.

E, no inciso III do mesmo art. 150, estabeleceu-se que a Lei Tributária que cria ou aumenta tributos não pode ser retroativa (alínea *a*) e só poderá entrar em vigor no exercício financeiro seguinte ao da sua publicação (alínea *b*); em se tratando de lei que cria ou majora contribuições sociais, ela só pode entrar em vigor noventa dias após a data da sua publicação (§ 6 do art. 195).

No caso da lei que cria ou majora tributos, não se pode deixar de notar a consociação que foi feita no texto constitucional entre os três princípios aqui citados: o princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da lei que cria ou majora tributos e o princípio da anterioridade da mesma espécie de lei. Misabel Abreu Machado Derzi sustenta que também deve ser consociado com o princípio da legalidade o princípio da anualidade, o qual, ressalva, não mais se expressa na necessidade de prévia autorização de prévia autorização orçamentária para cobrança de tributos, mas, sim, como princípio que assim se pode exprimir, segundo ela:⁶ a anualidade, associada á legalidade, permite deduzir as regras da periodização dos impostos incidentes sobre a renda e o patrimônio, reflete toda a vida estatal e econômico-social do País, a partir da Constituição. Para certo ano, a lei orçamentária estima as despesas e as receitas a serem arrecadadas; no exercício financeiro anual se executam as leis tributárias (e orçamentárias) e, anualmente, se prestam contas dessa execução.

Nesse ciclo anual obrigatório, tanto no âmbito federal, como no estadual e municipal, não é livre o legislador ordinário para reduzir o exercício anual em período menor.

Concordamos inteiramente com Misabel Abreu Machado Derzi no que toca à existência e ao conteúdo do princípio que ela denomina de princípio da anualidade e à necessidade da sua *consociação* com o princípio da legalidade; entendemos mais que o princípio da anualidade está ainda *consociado* com o princípio da anterioridade e com o princípio da irretroatividade⁷. Assim, embora todos estes princípios configurem regras distintas, há estreita conexão entre eles.

Quanto ao princípio da irretroatividade e ao da anterioridade, a conexão é inarredável, pois como veremos adiante, a anterioridade é um elemento a ser levado em conta para a fixação do alcance do princípio da irretroatividade, se observar que ela pospõe a entrada em vigor da lei e é a data em que a lei entra em vigor que tem que ser considerada para apurar se essa mesma lei está ou não sendo retroativa. Não é sem razão que irretroatividade e anterioridade vieram tratadas conjuntamente no mesmo dispositivo (inciso III do art. 150 da CF). Realiza-se, então, entre os princípios constitucionais aqui citados, para a fixação do seu alcance e conteúdo, o denominado *jogo concertado* mencionado por Karl Larenz.⁸

O constituinte brasileiro, a par do princípio da proteção do direito adquirido, que consagrou no inciso XXXVI do art. 5º da CF, dispositivo este incluído no capítulo que nomeou “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, houve por bem em estabelecer na alínea *a* do inciso III do art. 150 da referida Carta, um princípio da irretroatividade específico para a lei que cria ou majora tributos, sendo que o dispositivo citado por último situa-se no Título VI “Da Tributação e do Orçamento”, Capítulo I “Do Sistema Tributário Nacional”, Seção II “Das Limitações do Poder de Tributar”.

Assim, conferiu-se ao cidadão-contribuinte garantia específica para a proteção dos seus direitos individuais à segurança, e à propriedade e à liberdade de iniciativa, qual seja, a que o protege contra a retroatividade da lei que cria ou majora tributos.

Além disso, o mesmo constituinte consagrou na alínea *b* do mesmo inciso III do art. 150 da mencionada Constituição o princípio da anterioridade da lei que cria ou majora tributos; no § 6º do art. 195 o princípio da anterioridade específico para as contribuições sociais.

Tudo isto, sem nos esquecermos de que nos incisos XXXIX e XL do já citado art. 5º da Constituição de 1988 foi estabelecido o princípio da irretroatividade da lei penal, que se aplica, sem a menor sombra de dúvida, à lei tributária penal.

Esta situação configura o tratamento dado pela Constituição brasileira ao princípio da segurança jurídica em suas várias ramificações, princípio este concretizador do princípio do Estado de Direito.

Segundo o que dispõe a alínea *a* do inciso III do art. 150 da CF, é vedada a cobrança de tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

Ao se referir a fato gerador, o constituinte teve em mente não o fato hipotético descrito em lei cuja ocorrência gera a obrigação de pagar o tributo, mas sim aquele fato acontecido num determinado tempo e num determinado lugar que, por estar previsto em lei com esta força, deu nascimento à obrigação tributária. A ocorrência da retroatividade da lei tributária. A ocorrência da retroatividade da lei tributária que cria ou majora tributos há de ser apurada, portanto, em função da incidência dessa mesma lei sobre fatos concretos, fatos estes que não de se subsumir ao suporte fático nela previsto.

Conquanto o constituinte brasileiro tenha proibido a cobrança de tributos com relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituídos ou aumentando, forçoso é convir que, no que se refere à lei que cria um tributo novo, o fato que se subsume à *hipótese de incidência* nela descrita e que ocorreu antes da data de início de sua vigência, utilizando-se aqui a expressão preferida por sua vigência, utilizando-se aqui a expressão preferida por Geraldo Ataliba, não é tecnicamente um fato gerador, pois, em razão da aludida proibição, ele não tem força para gerar a obrigação de pagar um tributo.

Trata-se de um fato consumado segundo a legislação vigente à época em que ele ocorreu, a qual não lhe atribuiu como consequência, então, a de gerar o nascimento de uma obrigação tributária, o que impede à lei nova de fazê-lo retroativamente. Tal impropriedade terminológica, no entanto, não afeta o conteúdo do dispositivo constitucional que ora interpretamos.

A regulamentação dada à matéria sob este aspecto tornou desnecessário falar-se, a propósito de uma hipótese como esta, em direito adquirido “de não fazer ao Estado, com base na manifestação de riqueza ocorrida (fato), qualquer prestação pecuniária compulsória (tributo)”, como fez Antônio Roberto Sampaio Dória⁹ quando o único dispositivo que regia a irretroatividade da lei tributária era o que consagrava o princípio da proteção do direito adquirido.

Para a interpretação do dispositivo constitucional que trata da irretroatividade da lei que cria ou majora tributos é importante considerar, também, que o fato gerador da obrigação tributária deve ter os seus contornos apurados de acordo com o que sobre ele dispuser a própria legislação tributária que dele cuida.

A obrigação tributária é uma obrigação *ex lege*: a sua fonte é a lei e não a vontade das partes; quando esteja na base da obrigação tributária um negócio jurídico de direito privado, a causa da obrigação é a capacidade contributiva denotada pela reação econômica nascida do referido negócio e não a liceidade do interesse privado que é o fundamento da relação negocial; portanto, para o direito tributário, nessa hipótese, é irrelevante a *intentio júris* das partes, sendo relevante apenas a *intentio facti*; a disciplina dada pelo direito privado a uma determinada relação jurídica só é relevante para o direito tributário, no que se refere ao fato gerador do tributo, enquanto ela diga respeito à *intentio facti*, não no que diz respeito à *intentio júris*.

Conseqüentemente, não se pode estudar o fato gerador da obrigação tributária à luz das categorias do direito privado, muito menos para o fim de se aplicar o princípio da irretroatividade da lei; o fato gerador é que deve ser levado em consideração com todas as suas características próprias das quais serão deduzidas as devidas conseqüências. Tal colocação é válida mesmo quando o legislador tributário tenha construído o fato gerador pela menção a atos ou negócios jurídicos; pois, que se ele assim o fez, o foi para “designar elípticamente a relação econômica subjacente no negócio ou ato”, nas palavras de Amílcar de Araújo Falcão¹⁰. Os atos jurídicos acaso conformadores de fatos geradores não têm a sua configuração jurídica própria formada sob a regência do direito privado considerada como elemento relevante para se apreciar a questão ligada à retroatividade da lei tributária criadora ou majoradora de tributos. Sendo assim, quando se for avaliar se a lei tributária vai ser aplicada de imediato a um fato gerador dito *pendente* – aquele que ainda não se formou por inteiro nos termos da lei aplicável – não interessa que a parte já ocorrida desse mesmo fato esteja integrada por ato ou atos jurídico perfeitos assim considerados esse ato ou atos jurídicos de acordo com a regência levada a efeito pela legislação de direito privado aplicável; os efeitos tributários desses atos jurídicos (perfeitos para o direito privado) não fazem parte dessa sua – avaliada que deve ela ser somente à luz da legislação de direito privado – senão após ter se completado o ciclo de formação daquele fato gerador. Com relação a esses fatos geradores ditos *pendentes*, então, a lei tributária que cria ou majora tributos pode ser aplicada de imediato sem que contra ela se possa alegar que esteja sendo retroativa. No caso específico do direito brasileiro, no entanto, esta regra tem a sua aplicação obstada em certos casos pelo princípio da anterioridade.

Duas das características próprias do fato gerador que devem ser levadas em consideração no tratamento do tema com o qual ora nos ocupamos e que também se ligam ao objeto da colocação que acabamos de fazer, completando-o, são a sua unidade e incindibilidade. Cada *fato imponível*, utilizando-se da terminologia preconizada por Geraldo Ataliba¹¹, é um todo *uno e incindível*, que tem como conseqüência o nascimento de uma obrigação tributária, devendo-se considerar os fatos que o integram –quando isto ocorre – como elementos pré-jurídicos.

È em função da unidade e incindibilidade do fato gerador que deve ser interpretado e aplicado o art.105 do Código Tributário Nacional.

Para se avaliar acerca da retroatividade da lei tributária, não se podem perder de vista certas características de unidade e incindibilidade do fato gerador: não importa a forma pela qual se constituem os fatos geradores no tempo; o que importa é que, sendo eles unidades incindíveis, o que é digno de ser levado em consideração para o estudo que ora fazemos – aplicação do princípio da irretroatividade da lei – é a data em que se tem essa unidade como inteiramente ocorrida.

De outro lado, o fato gerador é um fato jurídico uma vez que seu efeito é o de causar o nascimento da obrigação tributária prevista em lei. Como fato jurídico que é, o fato gerador e a obrigação tributária constituem uma unidade que só pode ser tratada pela lei na sua inteireza, ou seja, não se pode dar um tratamento legal ao efeito – obrigação tributária – dissociadamente da forma como foi feita a previsão do fato gerador no texto legal, sob pena de se cindir esta unidade e se alterar a essência própria do fato gerador.

Misabel Abreu Machado Derzi¹² afirma sobre esta matéria que “... o fato gerador não é uma categoria ontológica, que subsiste de *per se*. É uma categoria funcional que se explica na medida em que produza efeitos jurídicos. Mudados os efeitos a serem desencadeados pelo fato jurídico (isenção) ou já desencadeados (retroatividade), altera-se o próprio fato, pois a relação de implicação lógica entre hipótese e conseqüência, segundo a qual, dado um fato A será conseqüência (então deve ser C), é recíproca e intensiva. Isso significa que se não é C (se não ocorrerem os mesmos efeitos anteriores da conseqüência) então não A, o fato gerador será outro, alterado.”

Por isto é que a lei tributária nova que altera a substância da obrigação tributária ainda não vencida até a data em que ela entrou em vigor – obrigação esta decorrente de fato gerador já ocorrido antes da mesma data, acarretando para o contribuinte maior encargo tributário -, é retroativa e ofende o princípio da irretroatividade consagrado na alínea *a* do inciso III do art. 150 da CF.

Passaremos, agora, ao estudo da segunda parte do art. 150, III, *a*, da CF.

Em razão do princípio da irretroatividade da Lei Tributária que cria ou majora tributos consagrados expressamente no texto constitucional, ficam as pessoas políticas constitucionais proibidas de cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

Em que sentido há de ser tomada a palavra vigência utilizada na alínea *a* do inciso III do art. 150 da Constituição Federal ?

Ressalta Sacha Calmon Navarro Coêlho¹³ que, embora os termos *lei* e *norma* sejam sinônimos, eles não se confundem. E explica: “A lei é ente legislativo; a norma, ente lógico. A lei é veículo legal. A norma, conteúdo normativo.” Assim também entendemos.

Para o citado autor¹⁴, levando-se em consideração a distinção entre a lei e norma, torna-se “(...) possível verificar que os problemas concernentes existência, validade e vigência, de fato, dizem respeito à lei, como ente positivo, como ato legislativo. (...) No plano da lei, basicamente, importa saber se ela existe, se existe com validade e se, existindo com validade, está em vigor e, pois, apta a formar normas jurídicas ou cooperar para a formação delas.”

De outro lado, afirma ele¹⁵, “As questões de aplicabilidade, incidência e eficácia já se inserem noutra dimensão muito diversa. Inserem-se no plano da norma. Aplicável é a norma e não a lei. O que incide não é a lei, é o preceito da norma, se e quando ocorrente sua hipótese de incidência no mundo fático. Do mesmo modo, há que considerar a eficácia como tema normativo e não como questão legal (...)”

Explica José Souto Maior Borges¹⁶ que, Uma vez sancionada, a lei passa a ter existência, Com a publicação, dá-se ao povo a comunicação da sua existência, não necessariamente a da sua vigência. Como acentua Pontes de Miranda, com a sanção e a publicação, a lei existe e foi comunicada; ‘Pode acontecer que se haja estatuído estar em vigor desde que se publicou, ou no dia seguinte, ou após dias, ou mês, ou meses, ou ano, ou anos, contados da publicação.

Já aí ressalta que existir a lei e ter vigência são conceitos inconfundíveis, que a data de entrada em vigor pode ser e quase sempre é após trato de tempo que se há de contar da data da publicação, ou de algum outro fato que ao legislador tenha parecido ser o mais indicado como *dies a quo*.’

O lapso de tempo que se situa entre a data em que a lei entrará em vigor; no seu silêncio, prevalece o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da data da sua publicação (art. 1º da Lei de Introdução ao CC). Esta regra vigora também para a Lei tributária, por força do dispositivo no art. 101 do CTN.

No caso das leis tributárias que instituem ou majoram tributos, a sua vigência há que respeitar, ainda, um outro limite que lhes foi imposto na alínea *b* do art. 150 da CF: elas só entrarão em vigor no primeiro dia do exercício seguinte considerando-se a data da sua publicação.

A citada alínea *b* do inciso III do art. 150 da CF trata de matéria ligada à vigência da lei que cria ou majora tributos e não à eficácia da norma majoradora de tributos.

Fundamentamos a nossa afirmativa.

O fato de estar em vigor uma Lei significa que ela tem força para reger, para disciplinar; Lei em vigor é Lei apta a propagar os seus efeitos.

Ocorre que uma lei pode entrar em vigor mas a norma que ela veicula pode não estar revestida de todos os requisitos necessários para a sua aplicação aos casos concretos a que ela se dirige; ou seja, embora essa Lei esteja em vigor, a norma que nela se contém não pode ser aplicada pois falta-lhe eficácia.

Hoje não se pode conceber que as normas veiculadas nas leis que criam ou majoram tributos possam não ter eficácia imediata: não foi agasalhado em nossa CF em vigor o princípio da anualidade ou da prévia autorização orçamentaria¹⁸ e o princípio da legalidade (art. 150, I, da mesma Carta) exige que a Lei com o mencionado conteúdo determine: “(...) a) a hipótese da norma tributária em todos os seus aspectos ou critérios (material, pessoal, espacial, temporal): b) os aspectos da consequência que

prescrevam uma relação jurídico-tributária (sujeito passivo – contribuinte e responsável -, alíquota, base de cálculo, reduções e adições modificativas do *quantum* a pagar, prazo do pagamento; (...)¹⁹

Assim, no período compreendido entre a data da publicação da lei que cria ou majora tributos e o primeiro dia do exercício financeiro seguinte essa lei existe mas não ingressou ainda no mundo jurídico, não implicou ainda alteração no sistema legal vigente, não entrou em vigor. Terminado esse período de *vacatio legis*, essa lei entrou em vigor, podendo a norma nela contida incidir e ser aplicada, estando apta, portanto, para incidir, irradiar os seus efeitos.

Por todas essas razões, entendemos que o período entre a publicação da lei que cria ou majora tributos e o primeiro dia do exercício financeiro seguinte é tecnicamente um período da *vacatio legis*; o princípio da anterioridade criou um período de *vacatio legis* específico para essa espécie de lei.

O princípio da anterioridade da alínea b do inciso III do art. 150 da CF admite algumas exceções, como veremos depois.

Analisemos, então, agora o significado do verbo cobrar utilizando no caput do inciso III do citado art. 150 para verificarmos a correção da conclusão a que acabamos de chegar.

No inciso III do art. 150 da CF proibiu-se *cobrar tributos* em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os tiver instituído ou aumentado (alínea *a*); e no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Não se pode atribuir a um mesmo termo - *cobrar* – usado em duas situações diferentes enfeixadas num único dispositivo constitucional dois significados diversos. Tivesse sido esta a intenção do legislador constituinte, ele teria desdobrado em dois dispositivos destacados o princípio da irretroatividade da lei tributária que cria ou majora tributos e o princípio da anterioridade da lei tributária.

Então, ou o verbo *cobrar* foi utilizado no inciso III do art. 150 no sentido de vir a exercitar o sujeito ativo da obrigação tributária o seu direito de crédito através do lançamento e aí a norma na lei necessariamente já incidiu antes dando ocasião ao nascimento da obrigação tributária respectiva – seria este o sentido leigo do verbo cobrar -; ou o mesmo termo foi usado para expressar a incidência da norma contida na lei sobre um determinado suporte fático dando nascimento à obrigação tributária respectiva; e, nesta última hipótese, a incidência da norma pressupõe necessariamente a vigência da lei que dela foi veiculadora, pois só estando a lei vigente pode a norma nela contida incidir.

Se se aplicar o primeiro significado referido acima do termo cobrar no caso da alínea *a* do inciso III do art. 150 já citado, ter-se-á que admitir que o constituinte proibiu as pessoas políticas constitucionais de exercitarem seu direito de crédito em relação a fatos *geradores* que não têm o condão de gerar esse direito de crédito, o que constituiria uma proposição verdadeiramente absurda; se a conclusão não válida, a premissa em que ela se apoiou é falsa.

Considerando-se a conclusão a que se chegou no parágrafo precedente, o verbo *cobrar* há de ser interpretado como estando a expressar a aptidão da norma contida na lei para incidir sobre um determinado suporte fático que, uma vez ocorrido, gera o nascimento da obrigação tributária. Nesta linha de interpretação, enxerga-se no princípio da anterioridade a proibição de ser colocada em vigor uma lei e incidir a norma por ela veiculada que vise a criar uma obrigação tributária em razão de fatos ocorridos antes da data do início da sua vigência (alínea *a*); e a proibição de uma lei ser considerada vigente e apta a norma nela contida a produzir os seus efeitos em relação a fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro em que aquela lei tenha sido publicada (alínea *b*).

Não fosse esta a interpretação correta, o constituinte teria previsto como limite temporal na alínea *b* já tão citado não a data a publicação mas a da própria vigência da lei.

Bem diferente era a redação do § 29 do art. 153 da CF de 1967 (com a redação da Emenda 1, de 1969). Foi ela que deu ensejo a que a jurisprudência dos tribunais se firmasse no sentido da Súmula 584 do STF, *in verbis*: “Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deva ser apresentada a declaração”, posicionamento este com o qual nunca se conformou a doutrina.

Isto porque entendiam os tribunais que o princípio da anterioridade impedia apenas que fosse lançado e arrecadado o tributo no ano em que tivesse a lei entrado em vigor; pois que estando em vigor a norma contida na lei naturalmente incidiria gerando a obrigação de pagar um tributo.

A redação do inciso III do art. 150 da CF representou, assim, a sensibilização do legislador constituinte aos reclamos da doutrina (e, naturalmente dos contribuintes), e um passo no aperfeiçoamento do tratamento da matéria embora não muito largo; bastaria, ao invés de *cobrar* ter sido utilizado o verbo *exigir* e teriam sido espancadas de vez quaisquer dúvidas.

Tanto é verdade que o princípio da irretroatividade da lei que cria ou majora tributos sofre condicionamento pelo princípio da anterioridade, que o constituinte houve por bem tratar, em um mesmo inciso, ou seja, num mesmo dispositivo, os dois princípios citados.

No § 6º do art. 195 da CF, que substituiu, para as contribuições sociais, o princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, *b*, estabelecendo-se um princípio da anterioridade específico para essa espécie de tributo, a redação utilizada foi mais feliz, embora o sentido seja o mesmo, mudando-se apenas o prazo.

Em razão do disposto na *b* do inciso III do art. 150 da CF, a lei que cria ou majora tributos só poderá entrar em vigor e, portanto, a norma nela contida só poderá incidir no exercício financeiro seguinte àquele em que ela tiver sido publicada.

E em decorrência do que dispõe o § 6º art. 195 da citada Carta a lei tributária que cria ou majora contribuições sociais só pode entrar em vigor, portanto, a norma nela contida só poderá incidir noventa dias após a data da sua publicação.

Ora, então o termo *vigência* utilizado na alínea *a* do inciso III do art. 150 da CF também deve ser interpretado em consonância com essas duas disposições. O que em outras palavras significa que a lei que cria ou aumenta tributos será retroativa se pretender alcançar fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro em que ela tenha sido publicada ou, no caso específico das contribuições sociais, se ela atingir fatos ocorridos no período de *vacatio legis* estabelecido no mencionado § 6º do art. 195 da CF, mesmo que ambas as situações aqui referidas ocorram após a sua publicação.

Não se pode perder de vista, no entanto, que por força de previsão constitucional (§ 1º do art. 150) alguns tributos, como os impostos aduaneiros, os impostos sobre produtos industrializados, os impostos sobre operações de crédito, câmbio e seguros e os impostos extraordinários (art. 154, II) e o empréstimo compulsório do inciso I do art. 148, embora submetidos rigidamente ao princípio da irretroatividade, não se submetem ao princípio da anterioridade, não se submetem ao princípio da anterioridade. A vigência das leis que os criam ou aumentam há de ser apurada sem levar em conta aplicação do princípio da anterioridade, não podendo as suas normas incidirem sobre fatos ocorridos anteriormente ao início desta mesma vigência em obediência ao princípio da irretroatividade da Lei que cria ou majora tributos.

Conclusão

Para se avaliar a data da entrada em vigor da lei que cria ou majora tributos, e, portanto, para se apurar o real alcance e o conteúdo do princípio da irretroatividade da lei que cria ou majora tributos, não se pode deixar de levar em consideração o princípio constitucional da anterioridade expresso na alínea *b* do inciso III do art. 150 da CF e no § 6º do art. 195, ambos da CF.

No caso da lei que cria ou majora tributos, por força do que dispõem os citados dispositivos constitucionais, só poderá ela incidir, portanto, só poderá ela entrar em vigor, no exercício financeiro seguinte àquele em que vier a ser publicada (alínea *b*, III, do art. 150), ou noventa dias após a data da sua publicação (§ 6º do art. 195) – este último é o caso das contribuições sociais –, salvo as exceções expressamente previstas no texto constitucional; portanto, foram estabelecidos nos citados dispositivos constitucionais, períodos de *vacatio legis* específicos para a lei tributária que cria ou majora tributos; ou seja, o princípio da anterioridade objeto de previsão nos dois dispositivos citados presta-se para o estabelecimento e dois períodos de *vacatio legis*. Considerando-se que dispõe o art. 150, II, *a*, da mesma Carta, que não se podem cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início

da vigência da lei que os houver instituído ou majorado, o princípio da anterioridade assim regulado há de ser levado necessariamente em consideração para se fixar o alcance da disposição que consagra o princípio da irretroatividade a lei que cria ou majora tributos.

Portanto, a lei que pretender alcançar fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro em que ela tiver sido publicada, ou no caso das contribuições sociais fatos ocorridos dentro do período de noventa dias a contar da data da sua publicação, mesmo que, em qualquer caso, tenham tais fatos se dado após a sua publicação, será retroativa.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

INTERROGATÓRIO, CONFISSÃO E DIREITO AO SILÊNCIO NO PROCESSO PENAL¹

Guilherme de Souza Nucci
Juiz do 3º Tribunal do Júri de São Paulo

Longe de ser questão meramente acadêmica, destringir e conhecer a natureza jurídica do interrogatório – momento principal de contato entre o réu e o Estado-juiz, sede natural de eventual confissão e instante propício para o exercício da ampla defesa, através da autodefesa – torna possível a correta colheita da prova e fornece elementos indisponíveis para sua posterior avaliação pelas partes envolvidas na lide penal.

Por outro lado, a análise da confissão porventura existente, de seus requisitos de validade e do seu valor como meio de prova não prescindem também do exame do interrogatório e de sua natureza jurídica. Aspecto relevante ainda a ressaltar é que a situação oposta à admissão de culpa é o direito ao silêncio, cuja oportunidade principal de manifestação tem por lugar o instante do primeiro contato entre magistrado e réu. Desse modo interrogatório, confissão e direito ao silêncio estão inegavelmente entrelaçados e, sob esse prisma, iremos examiná-los.

De início, cumpre-nos ressaltar que a confissão extrajudicial, por ser mero indício, não chama a atenção para si, nem tampouco cabe debater a natureza jurídica do interrogatório feito na polícia, apenas um ato de investigação como outro qualquer. Quanto ao direito ao silêncio, no entanto, tem ele igual relevância e deve ser respeitado tanto na fase extrajudicial, como na judicial.

Priorizaremos o interrogatório judicial, que constitui o momento por excelência para o juiz obter a confissão do réu, cumprindo verificar qual é a sua natureza jurídica. A doutrina divide-se nessa conceituação. Para alguns, trata-se primordialmente de meio de prova,² para outros, meio de defesa,³ enquanto, para uma terceira linha, é um meio de prova e de defesa.⁴

Em verdade, o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa. Em segundo plano, trata-se de um meio de prova.⁵

Meio de defesa, essencialmente, porque é a primeira oportunidade que tem o acusado de ser ouvido, garantindo sua autodefesa, quando narrará a sua versão do fato, podendo negar a autoria e indicar provas em seu favor. Poderá, ainda, calar-se, sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa ou então é possível que assuma a prática do delito, alegando em sua defesa alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Por outro lado, não deixa de ser, para a lei brasileira, em segundo lugar, meio de prova. Note-se as várias perguntas que o juiz fará ao réu que se disponha a falar⁶: se a acusação é verdadeira; onde estava ao tempo da infração; se conhece as provas contra ele apuradas; se conhece a vítima e as testemunhas; se conhece o instrumento com que foi praticada a infração; se, não sendo verdadeira a imputação, conhece a razão pela qual está sendo acusado; todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração, além de dados sobre sua vida pregressa (art. 188 do CPP).

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o interrogatório é meio de defesa e fonte de prova, ainda que esteja colocado no nosso Código como meio de prova, pois isso não significaria uma “adesão conceitual”, mas apenas uma conveniência sistemática.⁷ Na realidade, para o legislador brasileiro houve “adesão conceitual” no sentido de que o interrogatório é meio de prova, bastando checar as perguntas que deve o juiz dirigir ao réu. E assim deve ser, na medida em que nosso sistema é híbrido e não adota todas as características do sistema acusatório (*privilege against self-incrimination*). Deveria até adotar. Mas, nesse caso, o interrogatório não poderia, jamais, ser ato obrigatório e sim, mera faculdade do réu. Enquanto for necessário colocar o acusado diante do juiz para ler a ele o conteúdo da denúncia, praticamente “exigindo” que se manifeste a respeito, nem mesmo o direito ao silêncio estará inteiramente garantido, pois serão poucos os réus que terão inteiramente garantido, pois serão poucos os réus que terão firmeza e coragem suficientes para ficar calados diante dos julgadores – muitos ainda despreparados a assumir uma postura constitucional de ente imparcial da lide penal, respeitadores do direito ao silêncio.

As respostas que o réu resolver dar – abrindo mão do seu direito ao silêncio – poderão ser usadas para formar o convencimento do juiz, na busca da verdade real, a favor ou contra a defesa. Naturalmente, por tal sentido, é um meio de produzir prova.

Tourinho Filho, que considerava o interrogatório como um meio de prova e de defesa resolveu mudar de opinião, passando a considerá-lo somente um meio de defesa. Sua fundamentação baseia-se em dois argumentos principais: o direito ao silêncio e a impossibilidade de intervenção das partes. Ora, como se verá mais adiante, o direito ao silêncio é uma garantia individual do cidadão, que realmente *acentuou* o caráter de *meio de defesa* do interrogatório, mas sem retirar-lhe a força de ser um *meio de prova*, pois do mesmo modo que o réu pode calar-se, sem nenhuma consequência, pode calar-se, sem nenhuma consequência, pode abrir mão dessa garantia e, com isso, produzir prova (em seu favor ou contra). No mesmo sentido atua o fato de não haver intervenção das partes no interrogatório, dando realce ao seu caráter defensivo, embora sem excluir, repita-se, o aspecto de meio de prova.

A falta de possibilidade de intervenção das partes é positiva. Não é possível que um instituto tão importante como o interrogatório fique estendido no “fio da navalha”. Se o réu deve ser interrogado (ver arts. 185 e 196 do CPP) e preferir falar, é melhor que o faça sem intervenção das partes, pois qualquer pergunta menos inteligente da defesa ou mais aguçada da acusação poderá levá-lo, indevidamente, à confissão. Existisse, no Brasil, efetivamente o sistema acusatório e o acusado que preferisse falar estaria sob compromisso e seria inquirido diretamente pelas partes, o que é bem diferente. Seu depoimento seria um testemunho nesse caso e não um meio de defesa, mas de prova. Entre nós, a única cautela que o juiz deve realmente ter é proporcionar ao réu assistência jurídica *antes* do interrogatório, para que ele possa saber se fala ou não, bem como para que tenha acesso real à ampla defesa. Nesse sentido, o Comunicado da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo n.º 263/83.

Na Itália, como bem justifica Hélio Tornaghi, é correto falar no interrogatório como meio de defesa e fonte de prova, porque a própria lei o vê como tal. E destaca: “Compare-se o que acontece no Direito italiano, em que o interrogatório é expediente de defesa, com o que ocorre no brasileiro, em que ele serve de prova”.

Naquele, a lei manda que o juiz dê ciência, de modo claro e preciso, ao acusado, do fato que lhe é atribuído, das provas já existentes contra ele, das origens dessas provas e que o convide a desculpar-se e a indicar as provas em seu favor (CPP italiano, art. 366). E por que? Porque o juiz não se deve louvar no que o réu diz, mas tem de ir à cata das provas do que ele afirma. O interrogatório é meio de defesa (*invita il giudice quindi l'imputato a disculparsi*) e fonte de prova (*e a indicare le prove in suo favore*) (art. 367). Mas ele mesmo não prova nada. Aqui, no Brasil, o juiz encara as declarações do réu como importante elemento de convicção, porque elas são realmente um dos materiais que a lei ministra para formá-la. Elas têm valor probante e podem até ser aceitas contra o réu.”⁸

Não nos parece, entretanto, que ele deva ficar como meio de prova em primeiro plano e, acidentalmente, como fonte de defesa, nem tampouco como meio de defesa em primeiro plano e, acidentalmente, fonte de prova. É, na realidade, meio de defesa em primeiro plano e, secundariamente, meio de prova; sempre *meio*, nunca *fonte*.

Aliás, os conceitos de *meio* e *fonte*, no direito pátrio, estão tão entrelaçados que não merecem ser separados no contexto da prova. Tanto assim que Frederico Marques, citando Pontes de Miranda, conceitua que meios de prova “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”.⁹ E Jorge Alberto Romeiro, apesar de conceituar o interrogatório como meio de defesa e fonte de prova, reconhece que “na prática judiciária, as duas expressões *fonte de prova* e *meio de prova* são equivalentes.”¹⁰

Portanto, tentar diferenciá-los aponta unicamente para uma vontade sutil de fazer prevalecer o aspecto de *defesa* que, realmente, deve possuir o interrogatório, mas não se justifica. Não é porque durante anos, quiçá séculos, o fato de ter sido considerado *meio de prova* trouxe tantas conseqüências desastrosas para a humanidade, tais como as tormentas, as torturas, os juízos de Deus, enfim, todos os mecanismos para extrair a *rainha das provas*, a confissão, que devemos evitar e qualquer custo o termo *meio*, já que é o mais apto a representar o significado do interrogatório, quando o réu concorda livremente em dar sua versão sobre o caso.

Exemplifiquemos com o depoimento de uma testemunha. É um meio de prova, porque recurso colocado à disposição das partes e do juiz pelo legislador para se chegar à verdade de algum fato. Realizado o depoimento, dali provêm determinados dados que o juiz em conta para proferir sua decisão. É, também, fonte de prova, entendida por fonte o local de onde se origina alguma coisa.

Aliás, se algum sentido houver para proceder à diferenciação entre *meios* e *fontes* de prova, melhor seria conceituar como Clariá Olmedo o fez, separando os “meios de prova” das “fontes de comprovação”. E disse “Las fuentes de comprobación no constituyen propriamente médios de prueba por si mismas ni puede decirse que sean elementos probatórios. Son simplemente actos procesales que orientam lê investigación, por cuanto proporcionan datos útiles para seleccionar los elementos y los médios de prueba.”¹¹ Parece clara, portanto, a distinção realizada. Uma coisa é meio ou fonte de prova, outra, mero elemento de comprovação, vale dizer, elementos orientadores da investigação, da busca dos meios de prova. Deixando-se às “fontes de comprovação” esse aspecto limitado, pode-se, de fato, aceitar a denúncia, *v.g.*, como tal. No mais, parece-nos inadequado ao processo penal distinguir entre *meio* e *fonte* de prova, pois não se trata de mero problema terminológico, mas de conceituação.¹²

Finalmente, é conveniente salientar que a lei processual italiana, que tanta margem deu a vários entendimentos de que o interrogatório do réu fosse exclusivamente meio de defesa e, secundariamente, fonte de prova, hoje mudou. Como observam Carlos Eduardo de Athayde Buono e Antônio Tomás Bentivoglio, nova, sobretudo, é a introdução do instituto do ‘exame das partes’, cuja disciplina faz transparecer o esforço de pôr em evidência a possibilidade que o ‘saber’ do acusado e das outras partes privadas podem fornecer para o convencimento do juiz, numa perspectiva que se quer seja diferente do ‘interrogatório’, já que este meio de prova, segundo a lei delegada que instituiu as normas gerais para o novo Código, deve ter caráter defensivo,¹³ Logo, ainda que se mantenha a preponderância do sentido de defesa dado ao interrogatório,¹⁴ é certo que ganha relevo a informação que o acusado pode dar para formar o convencimento do juiz. O depoimento pessoal da parte ganha os contornos do processo penal anglo-saxão, pois é opcional produzi-lo, mas, uma vez realizado, vale como meio de prova.

Quanto ao direito ao silêncio, a primeira observação que merece ser feita diz respeito ao seu fundamento, que é a cláusula de que *ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal*. A origem desse princípio está na Inglaterra do final do século XVI, em protesto contra os métodos inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos.¹⁵

Seu primeiro exercício pode ocorrer na fase de investigação do delito, quando o sujeito não está obrigado a dar qualquer declaração à autoridade investigante. Em seguida, quando a ação penal for ajuizada, no momento do interrogatório – que é ato obrigatório pela lei brasileira -, pode o réu, novamente, utilizar o direito de permanecer calado. Nessa ocasião, antes mesmo de ser inquirido, deve ouvir do magistrado o alerta de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas (art.186 do CPP, primeira parte).

No tocante à segunda parte do referido art. 186 – prevendo que o silêncio do réu pode ser interpretado em prejuízo de sua própria defesa -, é cristalino que está revogada pela Constituição de 1988.¹⁸

O art. 198 do CPP, por outro lado, prevê, textualmente, que o “silêncio do acusado não importará confissão”, mas adverte que “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”. Não resta a menor dúvida de que, também, somente a primeira parte desse artigo persistiu após a Constituição de 1988, onde está consagrado o direito ao silêncio¹⁷ (art. 5º, LXIII), de modo que se é um *direito* não pode acarretar nenhum tipo de sanção, nem mesmo pode simbolizar um ônus. Nem todos, no entanto, são favoráveis a esse direito. Na Inglaterra do século XIX, já se pronunciava contrário Jeremy Bentham: “A inocência clama pelo direito de falar, enquanto a culpa invoca o privilégio do silêncio” (*in* Peter Thornthorn et al., *Justice on Trial*, p. 36). Não há razão plausível, no entanto, para essa contrariedade. Peter Thornton (ob. cit.) apresenta uma pesquisa realizada na Inglaterra, dando conta de que somente 2,5 a 4% dos suspeitos utilizam o direito ao silêncio e desses somente 2 a 3% foram absolvidos. E mais: 1/3 dos que usam tal direito assim agiram porque não queriam responder a perguntas irrelevantes, impróprias, impertinentes, intrusivas, abusivas, enganosas, repetitivas, já respondidas ou que se relacionavam à conduta de terceiros, feitas pela polícia. Por isso, não deixa de ser uma garantia vital contra a auto-acusação e contra abusos do Estado. Em outra pesquisa, a *Royal Commission*, criada para analisar a eficácia do sistema judiciário criminal britânico, por volta da mesma época (1993), constatou que utilizam o direito ao silêncio 6 a 10% dos suspeitos fora de Londres e 14 a 16%, em Londres.¹⁸ Ainda que um pouco diversos os resultados, os índices de exercício desse direito continuam baixos.

Dizer que o silêncio do acusado pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado, pois ninguém se arriscaria a provocar no julgador um sentimento contrário à sua posição no processo, *in limine*. Ninguém seria ousado a esse ponto, sabendo que o juiz levará em conta o silêncio, logicamente em prejuízo da defesa. Tanto é verdadeira essa conclusão que, ao debater na Inglaterra eventual supressão do direito ao silêncio, logicamente em prejuízo da defesa. Tanto é verdadeira essa conclusão que, ao debater, Michael Zander explica que abolir tal direito significa das à acusação e ao juiz o direito de incitar os jurados a extrair inferências adversas ao réu quando este tiver permanecido calado ao ser interrogado.¹⁹ *Mutatis mutandis*, é óbvio que, atualmente, estão proibidos os jurados de retirar do silêncio do réu qualquer conclusão desfavorável à sua defesa e não é permitido aos promotores e juizes que façam o mesmo. Assim, onde há o direito ao silêncio, deve haver a impossibilidade de que ele provoque conseqüências negativas.

Se algo é *permitido*, não pode acarretar, quando colocado em prática, qualquer tipo de sanção, ainda que camuflada. Caso o juiz levasse em consideração o silêncio do réu para deduzir que ele é culpado, então, na verdade, não teria o acusado o *direito* de permanecer calado.²⁰

Portanto, se é permitido estacionar em determinado local, por exemplo, não pode essa conduta ser ao mesmo tempo sancionada. É como se houvesse a seguinte observação: “É permitido estacionar neste local, mas, se o fizer, poderá o fiscal levar tal fato em conta para multá-lo”. Ora, trata-se de uma contradição evidente.

Eis o alerta de Rogério Lauria Tucci: “Em suma, tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o *direito do imputado de permanecer calado*, nenhuma ilação dele poderá ser tirada, apresentando-se o *silêncio* como *prova negativa da imputação*, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.”²¹

É importante lembrar o célebre caso *Miranda v. Arizona* (1966),²² quando a Suprema Corte americana declarou que o privilégio contra a auto-acusação, que teve um longo e amplo desenvolvimento histórico, é o principal esteio do sistema contraditório e garante ao indivíduo o direito de permanecer em silêncio, a menos que escolha falar, no exercício de sua própria liberdade, durante o interrogatório em juízo ou em outras investigações oficiais. François Gorphe, lembrando que a legislação francesa admite o direito ao silêncio, adverte que não se pode chegar ao extremo do previsto no direito americano, onde, além do direito do réu de permanecer calado, não pode o juiz extrair qualquer conclusão desse silêncio. Argumenta que tal disposição fere o princípio da livre convicção e faz com que o magistrado tenha interesse na obtenção da confissão.²³

Entretanto, dois anos depois do *Miranda Case*, o Congresso americano editou uma lei que recomenda as Cortes federais para desconsiderar essa regra. Por tal norma, o que realmente interessa à confissão é ter sido produzida *voluntariamente*,²⁴ mesmo que a polícia falhe ao avisar o suspeito do seu direito ao silêncio. Justamente porque a constitucionalidade dessa lei sempre foi duvidosa, ela não tem

afetado significativamente a prática dos juízes federais e tem recebido pouca atenção nos tribunais. Por outro lado, a Suprema Corte de Nova York, no caso *NY v. Quarles* criou uma exceção ao princípio do direito ao silêncio, quando a segurança pública estiver seriamente em risco. Se a polícia tiver que perguntar ao suspeito onde ele colocou uma bomba, por exemplo, não é necessário recitar a *Miranda ruling*, porque a situação é de emergência.²⁵

O direito ao silêncio foi incontestavelmente introduzido em nosso sistema judiciário, com todas as conseqüências a ele inerentes, ainda que os tribunais brasileiros insistam em não aplicá-lo na sua correta extensão e amplitude.²⁶

O direito de permanecer calado – garantia contra a autoacusação – aplica-se, inclusive, a testemunhas que se recusarem a responder a alguma pergunta em juízo ou em qualquer tipo de investigação para não se incriminarem. No RHC n.º 71.421-8/RS, de maio de 1994, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, constou expressamente o seguinte: “Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente, o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios, *verbis*: ‘...tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.” (RTJ 141/512)²⁷

Corwin ensina que “uma *testemunha* em *qualquer* processo em que se exija testemunho legal pode recusar-se a responder qualquer pergunta cuja resposta possa ser usada contra ela num futuro processo criminal, ou que possa descobrir outras provas contra ela. Mas a testemunha deve reclamar explicitamente sua imunidade constitucional, pois de outro modo presumir-se-á que dela desistiu; e não é ela o juiz final da validade de sua pretensão.”²⁸

Ainda no mesmo cenário, o art. 191 do CPP deve ser interpretado com parcimônia. Caso o réu invoque o direito ao silêncio, total ou parcial – neste caso deixando de responder a alguma pergunta -, poderá até ser indagado *se deseja* dar as razões para não fazê-lo, mas não deve ser pressionado a tanto. Por outro lado, há de existir cautela por parte do juiz, pois, se o réu invocar o direito de ficar totalmente calado, não poderá o magistrado ficar fazendo perguntas, uma após outra, consignando-as todas como se o interrogado estivesse cometendo irregularidade ao negar-lhe as respostas. Não deixa de ser uma forma de pressão ficar perguntando e registrando as indagações que o acusado já disse não ter intenção de responder, pois quer permanecer silente. Se, excepcionalmente, deixar de responder uma das perguntas, então esta pode ficar consignada e, se o interrogado desejar, poderá dar os motivos que teve para não responder.

Não é demais salientar que, na Inglaterra, berço das garantias individuais do cidadão, através do *Criminal Justice and Public Order Act* (CJPOA), de 1994, atenuou-se o direito ao silêncio, extraindo algumas conseqüências quando de sua utilização pelo réu.²⁹ Aliás, trata-se de um fenômeno típico de lugares onde a criminalidade aumenta, o que vem acontecendo na Grã-Bretanha, , mormente em grandes centros urbanos, como Londres.

Nada é comparável aos alarmantes índices brasileiros, ou mesmo de metrópoles norte-americanas, mas já significa um problema para o pacato povo inglês. Estatísticas demonstram que, no Reino Unido, há de cerca de 8.2 milhões de delitos por ano, dos quais 3.34 milhões são comunicados à polícia e 2.1 são registrados. Destes, apenas 1.6% são levados às Cortes e, ainda assim, a maioria é prontamente liquidada pelos “*guilty pleas*” (admissões de culpa) e, portanto, por transações. Logo, a criminalidade, ainda que mínima, não deixa de ser uma preocupação à sociedade.³⁰

De outra sorte, é preciso que se diga que, em todo local onde a criminalidade avulta, decrescem os direitos individuais do cidadão. Foi assim na Itália da década de 70 para combater a máfia, os seqüestros e os atentados políticos na Inglaterra dos últimos anos para combater os atentados a bomba do IRA. Logo, ainda que mantidos os direitos do cidadão – ao menos isso foi o que ocorreu na Grã-Bretanha -, houve vários abusos do Estado, especialmente para a extração de confissões forçadas, de modo a combater a onda de explosões que assolavam Londres e outras cidades. Ocorre que os

atentados continuaram até que houvesse um acordo entre o governo e o movimento revolucionário para libertação da Irlanda, bem como é necessário frisar que os maiores erros judiciais da história inglesa ocorreram contra acusados de terrorismo.

Portanto, quando a ordem e a segurança públicas correm riscos maiores do que o normal – o crime nunca será totalmente extirpando na teia social, pois inerente a natureza humana – entram em choque a *liberdade individual* e a *proteção da sociedade*. Difícil encontrar um meio-termo para tal confronto, mas é indispensável que seja tentado.

O direito contra a auto-acusação - matriz do direito ao silêncio – data do século XVI na Inglaterra e foi um contra ataque aos métodos dos tribunais eclesiásticos, como já mencionado, mas também foi uma reação, ocorrida no século XVII, contra os brutais mecanismos de interrogatório utilizados por agentes do Estado na época do reinado de Charles I. Permaneceu presente e vigoroso no sistema da *common law* durante muitos anos até que, em 1984, o *Police and Criminal Evidence Act* (P.A.C.E.) reforçou-o, fixando regras para o interrogatório policial, de modo a evitar abusos e pressões. Hoje, no entanto, esse estatuto é questionado por vários juristas ingleses e defendido por outros tantos, tornando não pacífica a sua existência.³¹

Na Itália, após a reforma do Código de Processo Penal, tendo em vista a inserção no sistema do *exame das partes*, questiona-se se o direito ao silêncio permaneceu na íntegra, ou seja, sem qualquer consequência. Silvia Buzzelli diz que continua ele intocável no que concerne ao interrogatório mas, quanto ao referido *exame das partes*, cada pergunta não respondida pelo acusado será consignada e poderá servir de elemento de prova, provocando, pois, consequências negativas à defesa.³²

Em síntese, pois, nota-se que o interrogatório é um meio primordial de defesa, mas não perde o seu caráter de meio de prova. É nessa oportunidade que o réu pode utilizar o seu direito ao silêncio – absoluto, sem consequências prejudiciais à sua defesa -, bem como pode preferir confessar.

Sem duelos e disputas, acatando firmemente o direito contra a auto-acusação, deve o interrogante ser equilibrado o suficiente para compreender que, se o réu – ou suspeito – quiser permanecer silente, é direito seu fazê-lo. Se desejar falar, então poderá querer confessar ou não, o que merece ser respeitado. Finalmente, querendo dar sua versão sobre o fato, é natural que a verdade real possa ser buscada pelo inquiridor, através de perguntas corretas, serenas e pertinentes. Importante relembrar as palavras de Beling, dizendo que o juiz deve perguntar ao réu “se” ele quer contestar a imputação que lhe é feita e não “o que” quer contestar.³³

Notas e Referências Bibliográficas

1. Este artigo é fruto da pesquisa e do estudo desenvolvidos para a elaboração da dissertação de mestrado *O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal*, na qual consta como um capítulo, apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1996, e conferindo ao autor o grau de mestre em Direito Processual Penal.
2. Camargo Aranha, *Da Prova no processo Penal*, p. 72.
3. Galdino Siqueira, *Curso de Processo Criminal*, p. 332; Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, pp. 357 e 423; Manzini, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, p. 158; Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, V. i, p. 498; João Mendes Jr., *O Processo Criminal Brasileiro*, v. 2, p. 231; Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *As Nulidades no Processo Penal*, p. 71; Tourinho Filho, *Processo Penal*, v. 3, p. 240; Adriano Marrey *et al.*, *Teoria e Prática do Júri*, p. 129; Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, v. I, pp. 281/283; Antonio Magalhães Gomes Filho, *Sobre o Direito à Prova no Processo Penal*, p. 152; Jorge Alberto Romeiro, *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, p. 75. É certo que os autores deixam entrever a possibilidade de ser considerado, ainda, como *fonte de prova*.
4. “Muito se discute, doutrinariamente, a saber se o interrogatório é meio de defesa ou meio de prova. As duas opiniões não são inconciliáveis. Não se chocam, nem são incompatíveis o direito-dever do magistrado de procurar conhecer por meios lícitos, o quanto possível, a verdade real – e o direito do acusado de calar, ou de dizer aquilo que lhe pareça oportuno”, Vicente de Azevedo, *Curso de Direito Judiciário Penal*, 2º v., p. 46. Ainda, Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v.II, p. 321; Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 358; Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, *Da Prova Penal*, p. 83; Fernando de Almeida Pedroso, *Processo*

- Penal, O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, p. 166; Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, p. 266; Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, p. 200; Marco Antonio Marques da Silva, *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*, pp. 11/12; Cernelutti, *Leccione sobre El Proceso Penal*, v. 1, pp. 304/308 e 329/334; Florian, *Delle Prove Penale*, v. II, p. 10; David Teixeira de Azevedo, *O Interrogatório do Réu e o Direito ao Silêncio*, RT 682/285; Borges da Rosa, *Processo Penal Brasileiro*, v. I, p. 494. Engrossando a fileira dos que sustentam ser o interrogatório meio de prova e de defesa, Ary Azevedo Franco e Guglielmo Sabatini utilizam os termos “ato de instrução” e “ato de defesa”, *Código de Processo Penal*, v. 1, pp. 276/277, e *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Alberto Morano, 1933, p. 243, respectivamente.
5. Nesse prisma, Hernando Londoño Jiménez, *Derecho Procesal Penal*, pp. 170/187; Ottorino Vannini, *Manuale di Diritto Processuale Penale* Italiano p. 179.
 6. *Quis, quid, ubi, quibus, auxiliis, cur, quomodo, quando* (quem, como, onde, meios de execução, móvel, modo, quando).
 7. *Sobre o Direito à Prova no Processo Penal*, p. 152
 8. *Curso de processo Penal*, v. 1, p. 358 (ressalvando que suas menções à lei italiana referem-se ao antigo Código de Processo Penal de 1930).
 9. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 274..
 10. *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, p. 99.
 11. *Tratado de Derecho Procesal e Penal*, v. I, pp. 448/449.
 12. Em sentido contrário, considerando a denúncia como “fonte de prova”, está a lição de Tourinho Filho, *Processo Penal*, v. 3, p. 206
 13. *A Reforma Processual Penal Italiana – Reflexos no Brasil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 109.
 14. Continua existindo o direito ao silêncio, bem como normas expressas para que o interrogante faça perguntas claras, objetivas, sem métodos inidôneos ou sugestivos que possam influir na liberdade de autodeterminação do interrogado. Além disso, o interrogado é convidado a dar a sua versão dos fatos, que seja útil à sua defesa (ver arts. 63 a 66 do CPP italiano).
 15. Edward S. Corwin, *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, p. 259.
 16. Confirmando a revogação da segunda parte do art. 186 do CPP, os magistérios de Mirabete, *Processo Penal*, p. 270; Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes, *Da Prova Penal*, p.87; Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *Tória e Prática do Júri*, p. 128; Vicente Greco Filho, *Manual de processo Penal*, p. 200; David Teixeira de Azevedo, *O Interrogatório do Réu e o Direito ao Silêncio*, RT 682/285. Em sentido contrário, crendo não ter sido revogada a segunda parte do referido artigo, as lições de Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal, O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, p. 29; Camargo Aranha, *Da Prova no Processo Penal*, p. 78; Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 382, e RT 709/313 (rel. Des. Celso Limongi).
 17. Tal direito não se aplica no tocante à qualificação, pois esta é obtida para garantir a segurança processual e do próprio sistema judiciário, evitando-se que um inocente seja levado ao cárcere em lugar do verdadeiro culpado. Não fornecer a qualificação ou ministrá-la falsamente não é direito do réu, nem faz parte, de modo algum, do direito à ampla defesa.
 18. A.A.S. Zuckerman, *Bias and Suggestibility: Is there an alternative to the right to silence?* apud David Morgan *et al.*, *Suspicion & Silence*, p. 128
 19. *Abolition of the Right to Silence, 1972-1994*, apud David Morgan *et al.*, *Suspicion & Silence*, p. 141.
 20. Tourinho Filho, *Processo Penal*, v. 3, p. 240. Aliás, muito antes da Constituição de 1988, nesse sentido já se pronunciavam Pimenta Bueno, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, p. 425 e Alcalá-Zamora e Ricardo Levene, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, p. 380. Em sentido contrário, crendo que o silêncio pode ser levado em conta na formação do convencimento do magistrado, estão Adriano Marrey *et al*, *Teoria e Prática do Júri*, p. 129, da parte do art. 186 do CPP não foi revogada.
 21. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 397
 22. Michael Yant, *Presumed Guilty – When Innocent People Are Wrongly Convicted*, p. 75
 23. *L’Appréciation Des Preuves En Justice*, pp. 215/216.
 24. *Due Pocess Voluntarines*, cf Wayne R, LaFave, *et al.*, *Criminal Procedure*, 2ª edição, St. Paul, West Publishing Co., 1992,p.294.
 25. Graham C. Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, pp. 443/445.
 26. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Sobre o Direito à Prova no processo Penal*, p. 114.
 27. No mesmo prisma, ver Antonio Magalhães Gomes Filho, *Sobre o Direito à Prova no Processo Penal*, p. 112, Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*, 2ª ed. São Paulo, Editora Saraiva,

- 1991, p. 846, Alberto Silva Franco *et al.*, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 5ª ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 3249.
28. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, p. 260.
 29. A respeito, ver importante artigo de Roger Leng, *The Right-to-Silence Debate*, apud David Morgan *et al.*, *Suspicion & Silence*, pp. 18/38.
 30. Dados mencionados por Zuckerman, em seu artigo *Bias and Suggestibility: Is there an alternative to the right to silence?*, apud David Morgan *et al.*, *Suspicion & Silence*, p. 117.
 31. Ver David Morgan *et al.*, *Suspicion & Silence*, pp. 1/17.
 32. *Il Contributo Dell'Imputato Alla Ricostruzione Del Fatto*, apud Giulio Ubertis (org), *La Conoscenza Del Fatto Nel Procso Penale*, Milão Giuffrè 1992, p. 104.
 33. *Derecho Procesal Penal*, p. 135.

DEBATE

MOBILIZAÇÃO DA JUSTIÇA PARA A CIDADANIA

Reprodução dos pronunciamentos feitos no Dia da Mobilização Nacional da Justiça, em 26 de fevereiro, em São Paulo.

Antonio Carlos Viana Santos
Presidente da Apamagis

Usemos a oportunidade deste encontro de idéias para que busquemos um Judiciário moderno. Ninguém nega que o Judiciário precisa ser melhor pensado e esta é a primeira reunião, penso eu, que com paladinos da cidadania o campo do Direito inicia sua batalha por um Judiciário adequado a seu tempo e que, num futuro próximo, possa dar a cada um o que é seu, deforma célere, simples e barata, para que aqueles que são pobres – e a pobreza do Estado de São Paulo supera a casa de 30% - possam ter acesso à Justiça. Tenho lido nos jornais expressões como “lamúrias de corporativismo” e, mais ainda, tal é a desinformação, que queremos fazer média e só reivindicar aumento de vencimentos. Nunca passou pela cabeça da maioria dos juízes de São Paulo, a feitura de greve. Hoje sequer adiou-se as audiências ou sessões dos Tribunais, foi um dia normal em São Paulo sem a ocorrência de greves. Não que tenhamos todas as soluções, mas poderemos extrair deste encontro encaminhamentos para que o Judiciário possa melhor servir ao Homem e ao Direito. Os Juízes, principalmente, os mais jovens na carreira, têm essa ansiedade e buscam este ideal. E nossas entidades civis podem buscar os meios para concretizá-lo apoiando o novo Judiciário que buscamos.

Manuel Alceu Affonso Ferreira
Advogado

Este é um ato de afirmação política. Há 54 anos existo; há 30 anos advogo; há 32 anos milito nos fóros paulistas e brasileiras. Jamais havia assistido a posicionamentos do Judiciário tão rígidos e enérgicos como aqueles que agora leio e presencio. Portanto, em primeiro lugar, quero registrar as minhas congratulações às entidades de classe promotoras desta reunião.

Pouco a pouco, com lentidão prudente, o Judiciário deixa de ser o grande mudo, o poder enrubescido, envergonhado, tímido, aquele aleijão institucional deixado à margem dos rumos da Nação, tornando-se o centro do debate nacional, com as vantagens e as dificuldades disso oriundas.

O debate nacional concentra-se no Judiciário, e para que se faça de maneira profícua – aliás, mais proveitosa para os jurisdicionados do que para os prestadores da jurisdição – a transparência é o requisito fundamental. À Magistratura incumbirá expor os seus erros, contar os seus acertos, narrar as suas deficiências, anunciar e minuciar os obstáculos que enfrenta, permitir que a vasculhem.

O Judiciário deverá livrar-se da situação de vergonha provocada pela mácula que mais freqüentemente lhe é debitada: a morosidade. Quando tardonha, replique-se sempre, A Justiça não o é porquanto deseja, pela inércia ou mandrice dos seus agentes, mas sim porque assim lhe impõem os ditames

constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as leis processuais, as carências e deficiências orçamentárias.

No cenário internacional, o Brasil não constituiu exceção alguma. Na sua edição de 08 de fevereiro último, um respeitabilíssimo jornal francês – o “Lê Monde” – publicou matéria de primeira página sob título “Os franceses julgam severamente a Justiça”. Segundo a pesquisa ali divulgada, 82% dos franceses pensam que a Magistratura é submetida às influências políticas, 73% deles verberam a lentidão judicial, e 56% indicam a aceleração dos procedimentos como sendo a reforma legislativa mais urgente e prioritária.

Tornando centro da atenção nacional, o Judiciário despertará o interesse coletivo para os seus problemas. No território de 140 milhões de habitantes, não se pretenderá que pouco mais de 5000 juízes esgotem, com presteza e qualidade, a jurisdição a eles impetrada. Não é razoável esperar que, equilibradamente, a cada dia um juiz prolate quatro sentenças e presida igual número de audiências. Não é lícito imaginar que a Justiça atenda, eficientemente, às reclamações que recebe, quando as vagas dos concursos à Magistratura não logram preenchimento graças às mazelas do ensino jurídico.

Em São Paulo, pasmem, a verba orçamentária de investimento prevista para o Judiciário é de R\$1,00 (um real), o que torna inútil e sem qualquer sentido, até mesmo ridiculamente abstrata, a autonomia financeira garantida na Constituição.

Há entre nós, infelizmente, a arraigada e generalizada convicção de que os investimentos forenses são preciosismos voluptuários desvinculados das necessidades da população. E enquanto isso não mudar, enquanto não ficar afastado esse reacionarismo que resume a tarefa da Administração Pública ao atendimento dos encargos do Executivo, tudo continuará igual.

A solução a crise judiciária, que apesar do abarrotamento dos órgãos colegiados é muito mais expressiva no primeiro grau, certamente não favorece remédios cabalísticos e novidadeiros. A súmula vinculante, o controle externo e outras ilusões tornadas modismos, não resolverão o problema básico e prioritário: o acesso do povo, como um todo, à Justiça, que deverá funcionar barata, rápida e virtuosamente.

Não é racional supor que, em se comprometendo a liberdade decisória, ou instituindo-se novos mecanismos de controle para o que já é suficientemente controlado, encontre ligeireza jurisdicional a aplicação aos casos concretos das regras votadas pelos Parlamentares e sancionadas pelos Executivos.

Ao invés de “vincular” julgamentos, melhor seria a rigorosa depuração jurídica, antes de sua promulgação e alheia a facciosismos políticos, das normas de convivência social. Em lugar de erigirem-se poligâmicas entidades fiscalizatórias que, na verdade, apenas prosseguirão nas atividades correcionais já atualmente implementadas, melhor seria que o Executivo e seus entes repensassem a postura costumeiramente litigiosa, deixando de resistir àquilo que se transmuda em jurisprudência pacificada.

Para as questões que entravam o funcionamento da jurisdição, para o enfretamento de seus erros e a viabilização de soluções adequadas, a transparências é indispensável, de forma a que não apenas a Advocacia e o Ministério Público, mas principalmente os jurisdicionados, e estes antes de todos, possam conhecer os percalços do Judiciário.

A crise do Judiciário não é só, nem principalmente, a crise dos tribunais superiores. Na primeira instância é que ela essencialmente reside, a fazer por exemplo, como ainda ontem testemunhei, que uma juíza de Santa Bárbara d’Oeste seja forçada a deixar o seu gabinete às dez e meia da noite, após 8 sentenças. Não há Justiça que subsista em condições parelhas...

Na França, tão logo empossado, o presidente Chirac criou a “Comissão Nacional de Reflexão Sobre o Poder Judiciário”. Entre nós, iniciativas isoladas tomadas por segmentos da coletividade forense têm procurado caminho assemelhado. Mas, exatamente porque individualizadas e fraccionadas, essas soluções não prosperam. Para o Judiciário, não há solução que não-passe, concomitantemente, pelos

interesses e direitos da Magistratura, da Promotoria e da Advocacia, de sorte a que, enquanto inoconter reflexão conjunta e harmônica, nada poderá vingar.

Fica, portanto, a idéia de que coisa alguma se resolverá a não ser que, integrados e conciliados episódicas diferenças, advogados, promotores e juizes – todos juntos, nunca apartados – detiverem-se sobre a dinâmica jurisdicional brasileira, propondo, conjugadamente, as reformas e as medidas que reputeem próprias.

Nessa perspectiva, o *actum trium* não é firula da Teoria Geral do Processo, mas pressuposto inafastável de reerguimento do Judiciário, visando sempre ao benefício do jurisdicionado.

E para que tal aconteça é preciso que eles, os destinatários da jurisdição, conheçam o que somos, o que buscamos e os meios que nos são conferidos.

Essa é a política judiciária que almejamos. A data de hoje, com o evento de que tenho a honra de participar, constituirá importante bandeira dessa nossa disposição.

Walter Ceneviva
Advogado

O Judiciário de hoje não é o Judiciário de Teixeira de Freitas, não é o Judiciário de Clóvis Beviláqua, mas o da transformação velocíssima da sociedade moderna, especialmente no que se refere à informação instantânea. Não podemos ter, quanto a ele, a mesma visão da primeira metade do século.

Neste momento da vida, a sociedade está recebendo enorme massa de informação que projeta o Judiciário para o povo, numa quantidade e numa qualidade nunca vista, nos decênios e nos séculos passados. Numa forma infelizmente prejudicial para nós, operadores do Direito. Hoje de manhã li no jornal que um segmento importante da magistratura fez críticas a esta reunião. Ali estava a opinião de que este encontro era apenas desculpa para mais um projeto de defesa de melhores vencimentos para os juizes. Não pude resistir a pensar que se a crítica fosse verdadeira estaríamos perdendo nosso tempo.

E necessário que a crítica seja desmentida. Não podemos esquecer o bem estar dos juizes, dos funcionários, mas nossa preocupação não deve de modo algum centrar-se, como tem acontecido, predominantemente nos temas do aumento salarial. Para os operadores do direito o grande problema atual é a adequação do Judiciário prestação do serviço que lhe corresponde, ou seja, do ponto e eficaz exercício do monopólio da justiça, em termos que, ao mesmo tempo, sejam transparentes para o grande público.

Reconheço que estou tratando de um problema que é mais do Estado, como um todo, e não só do Judiciário. Acontece que o Estado moderno reservou-se o monopólio da prestação da Justiça. Ninguém pode substituí-lo nessa tarefa, da qual o Judiciário é o órgão encarregado, sem conseguir cumpri-la com qualidade e sem demora. Daí resulta, no quadro geral da ineficiência do Estado, que o Judiciário vive a queixar-se do Executivo e do Legislativo, mas sem assumir posição definitiva, compatível com sua condição de Poder da República e, assim, de órgão de governo. Com freqüência se observa que as situações de enfrentamento mostram um lado muito ruim, pois são transmitidas ao povo de modo depreciativo para a magistratura, o que termina levando as autoridades judiciais, com freqüência, a optarem pela composição dos interesses em conflito, ainda que prejudicando a prática da Justiça.

Quando a Constituição de 1988 afirmou que o Poder Judiciário tinha independência na realização do seu próprio orçamento, criou-se um problema curioso: como a proposta orçamentária do Judiciário deveria ser encaminhada ao Legislativo? O resultado: o presidente do Supremo Tribunal Federal fez uma visita ao presidente da República e lhe entregou a proposta de orçamento numa composição que, naquele momento, a corte deliberou aceitar.

Nós, operadores do Direito, tomamos consciência de que as composições que sacrificam o Judiciário, enquanto Poder, já esgotaram suas possibilidades. Se continuarem, prosseguiremos com o Judiciário

choramingando, acusado de estar sempre a queixar-se de questão de aumento de salário, de verbas, sem ser compreendido pelo público.

Tudo quanto eu disse até aqui serve de introdução para o meu objetivo, nesta noite. O Judiciário precisa relacionar-se com a mídia impressa e eletrônica, mesmo se sabendo que ela pouco entenda das questões e dos comportamentos judiciais. Não proponho que o juiz vá dar declarações sobre o caso que está julgando. Não desejo que faça carnaval do caso de divórcio de um jogador famoso, do artista de televisão mais conhecido. Penso que ele continua proibido de pronunciar-se sobre os fatos submetidos ao seu julgamento, mas isso não significa que deva evitar qualquer forma de manifestação a respeito de seu entorno social. Nesse caso, o silêncio é absurdo. Infelizmente, em muitos casos, pelo temor de repercussão no progresso de sua carreira ou por qualquer outra circunstância, o juiz se sente obrigado a distanciar-se dos seus jurisdicionados. No universo da comunicação instantânea, especialmente a televisiva, o papel do magistrado está modificado. Deve inteirar-se dos problemas de sua comunidade, onde atue sem receios, sem intimidades excessivas que possam parecer um favorecimento, mas sem quebrar a regra de integração e da interação de conhecimento com os jurisdicionados.

Não adianta nós, os operadores da Justiça, dizemos que o Judiciário não está congestionado. Está sim. É bom insistir em que culpa não é dos juízes, mas não basta. Não basta mesmo. É preciso aceitar que o Judiciário tem de ser o primeiro a contribuir para que as deficiências atuais sejam superadas.

Tomo o exemplo recente do Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo. Depois de muita demora, resolveu enfrentar as dezenas de milhares de processos acumulados na distribuição semana, a crise continuaria, naquela Corte, e não com os outros Alçadas, pois só aquele tinha dezenas de milhares de processos aguardando distribuição, exigindo anos de espera até que fosse publicado o acórdão, fosse proferido e publicado o despacho denegatório ou deferitório de recurso especial ou de recurso extraordinário. É o público, a freguesia, a clientela, os autores e os réus ficavam sem saber o que iria acontecer, tendendo até a supor que a culpa da demora era dos advogados. Antes, o peso da responsabilidade recaía sobre o Primeiro Tribunal. Depois dessa medida saneadora passou para o ombro dos juízes. Agora, aqueles que trabalham bem e rapidamente logo se porão em dia. Aqueles que não trabalham terão que amargar posições modestas nas estatísticas dos serviços. Pode haver uma injustiça, pois há juízes trabalhadores que, apesar disso, não produzem rapidamente. Mas, a providência genérica resguardou o Judiciário como um todo.

Reconheço, sem favor, a existência de um problema característico do Estado brasileiro, com consistente na permanente falta de verbas e de pessoal para que o Judiciário funcione a contento. Tem sido feito um esforço grande nesse sentido. Todavia, pergunto: esse esforço tem dado resposta adequada às necessidades da clientela da Justiça? Não. Este fato é culpa só do Judiciário? Não. Há, porém, uma parte de culpa do Judiciário, no campo específico que me propus a enfrentar nesta fala. A culpa decorre do fato de que a sociedade não é adequadamente informada a respeito, nem das deficiências materiais, nem dos problemas pessoais, mas sobretudo, não é informada sobre as providências internas que o Judiciário adotou para resolvê-los. O que acaba retardando mais ainda a solução.

Há quem diga que a imprensa tem má vontade com os juízes, que não se consegue transmitir o que interessa à magistratura, que só há lugar para coisas estranhas adversas ou espetaculares. Não é bem assim. É verdade que tem razoável noção do Poder Legislativo. Mas é verdade também que só raramente tem noção de como funciona e, o que faz o Poder Judiciário. A cada passo se lê ou se ouve que o juiz deu parecer, que o promotor decretou a prisão do meliante, que o juiz orienta a Polícia Judiciária. E vai por aí afora. Há, sim, uma confusão muito grande entre os jornalistas. Mas, pergunto: sabendo que é assim, deve o Judiciário manter-se a distancia, quieto, sentido-se injustiçado, sem transmitir sua voz às comunidades de sua clientela? Penso que não.

Se o juiz, por se tratar de assunto submetido a seu julgamento, calar-se, fará muito bem, Se o juiz, por medo de que sua aparição no vídeo ou no jornal prejudique a carreira, na avaliação de seus superiores, é difícil de aceitar, mas vá lá. Contudo, as entidades de classe não são atingidas por tais embaraços. Devem lutar pelo esclarecimento das qualidades e dos defeitos judiciais. Um dia isso terá de se resolver. Nos Estados Unidos os grandes jornais têm jornalistas que atuam permanentemente junto à

Corte Suprema. Geralmente têm formação jurídica. Um dia chegaremos lá. Não é possível viver hoje sem essa comunicação.

É preciso, ainda, que se estabeleça um programa de informação pública a cargo de profissionais qualificados, que farão a interface do Judiciário com os meios de comunicação, para que, afinal, esse entendimento seja possível. Quando alguém perguntar: como é possível que um tribunal tenha 30, 40, 30 mil processos acumulados, haverá de ter gente apta a informar, com lealdade e clareza. Quando se perguntar por que um processo no Tribunal de Justiça, entre o seu ingresso no protocolo e a sua saída com a publicação do acórdão, demora dois anos, também haverá que informar o povo, com clareza. Como é possível que na Justiça do Trabalho um juiz designe uma audiência inicial e depois marque a instrução para daí ano e meio? Que um processo na Justiça do Trabalho, entre o seu ingresso na primeira instância e o seu término demore anos e anos? Como é possível, ainda na Justiça do Trabalho, que a Procuradoria –para o povo é também do Judiciário – leve um ano para dar um parecer ou meses para repetir fórmulas cansativas, que nada dizem, mas ainda assim, tomando tempo na viagem de ida-e-volta ao Tribunal?

Os mecanismos todos, dos quais pincei exemplos heterogêneos, se relacionam de fato com deficiências de comportamento, com deficiências de autocrítica interna e, sobretudo, de mentalidade compatível com os tempos que hoje vivemos. Se não tomarmos consciência enquanto operadores do Direito, dessa atitude, que resumo como um ato de autocrítica, não estaremos contribuindo adequadamente para a solução do verdadeiro papel do Judiciário em face da sociedade brasileira e da projeção de sua verdadeira imagem positiva em face do povo.

Fazemos críticas ao Legislativo, dizendo que não ajuda e que se dobra a pressões. É o caso de perguntar se nós, juízes, advogados, promotores, devemos ou não pressionar o Legislativo, para que as questões do efetivo interesse da coletividade nacional? O exemplo na Constituinte congressual que criou a Carta de 88 serve para ser lembrado. Juízes e promotores montaram seu lobby. O do Ministério Público ganhou de goleada, dando à Instituição uma posição fora do quadro dos três poderes e lhe atribuindo força que jamais tivera. Qual foi o órgão, relacionado coma Justiça, superdimensionado na Constituição de 1988? Foi o Ministério Público.

O Judiciário é um Poder silencioso, tão silencioso que perdeu a condição de Poder, para assumir a de função. Não sou eu quem o digo. Não é um jornalista crítico o autor de frase. Não. Quem disse isso pela primeira vez foi o ministro Sydney Sanches, quando presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, para a retomada de uma posição de equilíbrio em face dos outros poderes. Quando um Poder vira função o espaço livre é preenchido pelo Executivo, que é o poder forte. Nosso Judiciário deve ser conhecido e compreendido pela cidadania. Não há de se manter como organismo distante e ininteligível para os não-profissionais. Sem que, pra fugir dessa condição, tenha de percorrer o caminho do carnaval estéril, mas se mobilizar apenas para os esforços corporativos (que provocam mais reação contrária do que apoio), de mera defesa de melhores salários, condições de trabalho, de defesa das prerrogativas. Esforça da mensagem, aparecer em primeiro lugar.

É preciso encontrar o caminho novo da comunicação. Se conseguir convencê-los disso, ao menos em parte, ainda que eu possa ter cometido algum exagero, me darei por satisfeito.

Dráusio Barreto

Deputado Estadual

Temos o hábito de discutir nossos problemas entre nós e todos sabemos quais eles são e quais são as nossas dificuldades. Mas a população, o conjunto da sociedade não consegue compreender a realidade daqueles que trabalham arduamente na solução dos conflitos que são apresentados diariamente em nossos gabinetes, em nossos escritórios. Portanto, fica aqui o ponto a ser insistido: começarmos a falar com a sociedade. Não de forma hermética, mas de forma que as pessoas mais simples, que compõem a maior parcela do nosso povo, compreenda o que queremos dizer. Nos acostumamos com os jargões próprios do Direito, da Justiça, às vezes, nessa comunicação com a sociedade não nos fazemos

compreender, nos olham como se fôssemos extraterrestres. Mas sem dúvida, hoje, a questão da Justiça transborda o mundo daqueles que com ela convive e ocupa o entro da discussão nacional.

Para avançarmos da Justiça que temos para a Justiça que queremos, precisamos decisivamente da participação do conjunto da sociedade. Sou promotor de Justiça e temporariamente exerço um mandato popular e hoje tenho a clareza que, não será concedido pelo Poder Executivo e também pelo Poder Legislativo qualquer providência que garanta a plena independência e o pleno exercício das instituições da Justiça.

Não há interesse que haja um Judiciário independente, forte. Não há interesse que haja um Ministério Público independente. Não há preocupação do Legislativo em aperfeiçoar os mecanismos que nos confirmam melhores condições de trabalho. Há, sim, preocupações permanentes em como limitar nosso trabalho, em como subtrair competências nossas para que incomodemos menos aqueles que detêm temporariamente o Poder. Só temos um aliado nessa luta: a sociedade. O nosso advogado, aquele que pode dizer por nós aquilo que os outros não querem ouvir é a nossa gente, e ela deve exigir – na medida em que compreenda a importância da Justiça na sua vida, na garantia dos seus direitos – dos seus representantes políticos, quer no Executivo, quer no Legislativo, meios de aperfeiçoamento desse aparelho a presença da Justiça no seu dia-a-dia.

Os jornais falam diariamente ma Justiça. Iniciam-se, no Congresso, trabalhos no sentido de se implementar a reforma do Judiciário. Este é o nosso momento. Há trabalhos no sentido de se implementar a reforma do Judiciário. A Nação precisa se manifestar, definir parâmetros para que nossos congressistas, que irão tratar das modificações do Poder Judiciário, cuidem de dinamizar e de efetivar a sua autonomia, e não o contrário, como temos visto em várias manifestações. Portanto, reafirmo que este evento se constitui numa oportuna contribuição ao intenso debate que a sociedade brasileira precisa e deve realizar a respeito da Justiça que ela quer. Descobrimos, hoje, e quem sabe, este seja nosso maior patrimônio, que não haverá Estado justo, nem sociedade desenvolvida, sem democracia. Pela crise econômica pela sucessão de escândalos intermináveis que freqüentam o nosso dia-a-dia aprendemos que democracia não é apenas um conceito informal, uma soma de intenções ou de vontades. E que as liberdades essenciais à nossa realização como Nação não se esgotam no direito de falar e de ouvir, de pensar ou de afirmar, de votar ou de ser votado.

A democracia que conquistamos só terá honra, essência e permanência se vier acompanhada doravante de valores éticos em cada prática política ou administrativa, valores esses que havíamos perdido no passado. E o primeiro dos compromissos é ticos que a Nação pode almejar é a garantia a seus filhos na igualdade e na dignidade. A divisão, se não possível dos bens e da riqueza, ao menos da esperança. Em ambos os casos, o Brasil dependerá fundamentalmente da sua Justiça. A afirmação da ética exige o fim da impunidade e a afirmação da solidariedade e das preocupações sociais não se fará ordeiramente sem o primeiro fundamento, porque só assim construiremos uma Nação democrática, livre, ética e justa. Todos devemos lutar por mecanismos que permitam o aperfeiçoamento da Justiça, que esteja ao alcance de qualquer um, sem dificuldade, de forma rápida, barata e fundamentalmente, igualitária.

Revivemos, em alguns momentos, movimentos no sentido contrário, com objetivo único e exclusivo de limiar a ação do Judiciário, para que possam, aqueles que momentânea e transitoriamente ocupam o Poder, cumprir com seus objetivos políticos, muitas vezes, tentando o Executivo interferir no Poder Judiciário. Essa interferência no regime democrático assume formas sutis, como a restrição a liberação de verbas e utilização de seu Poder junto ao Legislativo para impedir maior independência da Justiça. A nação consciente não pode vergar a essa situação. O desejo da Justiça é universal. Todas as sociedades querem ver exercida o que consideram ser Justiça e para isso só há um aliado neste processo para nós, atores da realização da Justiça, profissionais do Direito, amantes das liberdades, o nosso povo. Esta, tenho certeza, é a tradução do sentimento que nos une hoje. Para ilustrar o que digo, gostaria de narrar um pequeno conto, conhecido como a história do rei da Prússia: Um determinado dia, ao abrir as janelas de seu castelo obstruindo a sua visão, ao longe, o rei observou que havia um moinho. Não satisfeito com aquela visão, determinou aos guardas do palácio que o demolisse. O dono do moinho, indignado com o que havia acontecido, foi se socorrer da Justiça e procurou o juiz de Berlim. Algum tempo depois, aquele rei recebeu a notícia de que o juiz de Berlim havia condenado, a ele, o rei a reconstruir o moinho e indenizar o proprietário pelos prejuízos que havia tido. O rei, imediatamente, determinou que fosse apresentado a ele aquele juiz. Os guardas do palácio conduziram

o juiz a presença do rei e ele, muito assustado, mas mantido pela sua dignidade e honradez, sustentava sua cabeça e seu olhar em direção à majestade. O rei se dirigiu em passos apressados ao juiz, parou em sua frente, olhou-o fixamente em seus olhos e lhe deu um forte abraço, dizendo: “Graças a Deus, temos juízes de verdade!” E, concluindo, tenho certeza que o que nos une hoje é o amor pela Justiça, pelas nossas instituições, e se nos organizarmos e discutirmos com a sociedade os nossos problemas, seguramente vamos avançar desta Justiça que temos, para aquela que queremos.

Ives Gandra da Silva Martins
Tributarista

A reflexão que pretendo fazer diz respeito à preocupação que me vem acompanhando nestes últimos anos, e por conta da qual algumas vezes sou considerado excessivamente crítico. É que visualizo, nestes ataques à magistratura, um projeto nacional para desvirtuar, desmoralizar ou desfigurar o Poder Judiciário. Estou convencido de que, em qualquer sociedade democrática, só o Poder Judiciário pode garantir a estabilidade. Não há sociedade democrática sempre o direito do eleitor e nenhum sobre aqueles que comandam o poder político, pois reduzida se sua atuação ao mero ato de depositar seu voto na urna. Quando o eleitor não comanda o poder político, quando ele não tem condição de impor a seu representante, sua vontade, porque tem apenas de quatro em quatro anos a possibilidades de votar, não há democracia. Os detentores do poder, sem controle da sociedade, utilizam-se dele exclusivamente para seu projeto pessoal.

Li um livro clássico, “Du Pouvoir”, do Bertrand de Jouvenel. Diz ele que quem deseja o poder político e não o poder técnico, deseja o poder para exercê-lo simplesmente e, se tiver tempo, prestar serviços públicos. O autor mostra como, na história da humanidade, em todos os espaços geográficos e em todos os períodos históricos, a luta política sempre se caracterizou pela busca do poder. Defende, por outro lado, Carl Schmitt, na suas teorias das oposições, que a ciência política estuda exclusivamente a oposição entre o amigo e o inimigo. Quem tem o poder deseja mantê-lo, mesmo que tenha que desfigurar o inimigo. E quem não o tem, deseja desfigurar quem o tem para conquistá-lo. E essa é a razão do baixo nível, não só no Brasil, mas no mundo inteiro, das campanhas políticas. Dos três Poderes, é o Judiciário, indiscutivelmente, o único Poder não-político, é o poder técnico, é o poder em que os bons galgam por concurso e por mérito próprio e não pela demagogia.

Já participei de bancas examinadoras, tanto para a magistratura Federal quanto a Estadual, e sei o nível de exigências. Costumo dizer, como professor acadêmico que sou, que é muito mais difícil ser juiz do que doutor em qualquer universidade brasileira, porque o doutor tem tempo para estudar e, muitas vezes, está mais preparado que a banca para defender sua tese. Aquele que presta concurso público tem dificuldades fantásticas, sem saber aquilo as posições doutrinárias daqueles que vão argüi-lo na maioria das vezes, de tal maneira que deve ter uma visão mais universal do que aquele que está defendendo tese acadêmica de doutoramento. No momento em que temos um poder técnico cuja única função é julgar as leis – que não faz, porque quem as faz são: o Poder Executivo, principal legislador do Brasil, em nível federal, ou Poder Legislador vicário, acólico, secundário, que deve ir trás do Poder Executivo – este poder não pode ser criticado por fazer cumpri-las, porque cabe ao Judiciário decidir aquilo que não fez. Suas decisões, muitas vezes incomodam, porque nem sempre, eu diria quase nunca, o Poder legislativo sabe o que está legislando.

Darei um exemplo. Diz a Constituição Federal, no art. 155, § 2º, XII, que a lei complementar deveria regular o principal imposto do Sistema Tributário Brasileiro, que é o ICMS. É o que mais gera receita. Durante nove anos, o Brasil esperou por essa lei complementar. Ela não foi preparada pelos legisladores, mas pelos secretários de Fazenda dos Estados. No mesmo dia em que os secretários da Fazenda tinham terminado a preparação da atual Lei Complementar 87/96, eu recebi o anteprojeto. Eu levei de oito a nove horas para ler, não só os 36 artigos compondo com toda a legislação existente, mas aquele anexo com fórmulas matemáticas que exigiam, inclusive, algum conhecimento de econometria. Qual não foi minha surpresa, no dia seguinte, ao saber que 304 deputados tinham recebido o projeto às 3h00 da tarde, e às 5h00 já tinham aprovado! Eu, com 40 anos de exercício profissional em matéria tributária, estive quase para rasgar meu diploma de advogado e pensei até em me aposentar, ao constatar que 304 gênios parlamentares, em duas horas, compreenderam aquilo que levei muitas horas, tendo conhecimento, ou pelo menos, experiência nesse setor.

Sempre que as leis são mal feitas, o Poder Executivo e o Legislativo pretendem que independente do vício que contenham. Sejam acatadas pelo Judiciário, não se conformando com as interpretações contrárias do Poder Técnico. É evidente que, nestas circunstâncias, o Judiciário incomoda. Veja-se, por exemplo, como as coisas se passavam de forma diferente quando as leis eram feitas por juristas. Em 30 tempos em que as leis eram feitas por juízes. Em trinta anos, nunca um dispositivo do Código Tributário Nacional, com 218 artigos, foi considerado inconstitucional. Hoje, qual é a lei tributária e que não se argúi a inconstitucionalidade de imediato? Quando o Judiciário diz “não, a Constituição ainda é mais importante que o parecer normativo e temos que cumpri-la”, passa a ser visto com um estorvo, um organismo que provoca e preocupa outros Poderes da República. E é por este motivo – e, talvez, soe até preconceituoso, razão pela qual peço que os senhores façam a devida ponderação – que estou convencido de que teses como a do controle externo são teses que servem aos poderes políticos, que não têm controle externo, e que pretendem se impor ao poder técnico, que não aceita os erros do Legislativo ou no Executivo. E não se iludam, o pretendido controle administrativo que desejam será, de rigor, um controle absoluto. Se isto acontecer, tenho a certeza de que acabou o Poder Judiciário no Brasil.

Os senhores imaginem um controle externo com pessoas que não sejam do Poder Judiciário. Um controle externo em que um membro desse Conselho resolva levar para a imprensa a suspeita de que “aquele magistrado possivelmente não seja honesto”. Em processo que deveria correr em sigilo, acusar-se-á primeiro para depois verificar se a atuação incorreta existiu ou não. Este magistrado, qualquer que fosse o resultado, estaria liquidado para sempre. A imagem que surge em primeira página de qualquer jornal, nunca mais será esquecida, nunca mais será recuperada. Quando se fala em controle externo e não na melhoria das condições das Corregedorias, que possibilita ao Poder Judiciário exercer melhor seu controle, é evidente que o que se deseja é calar o Judiciário. É de se sublinhar que o Poder Legislativo não tem controle. E nem Executivo. Esta é a razão pela qual é necessária que todos os professores de Direito se unam ao Poder Judiciário na defesa de sua independência, para que tenhamos no Brasil, uma democracia e não a ditadura dos Poderes Políticos cujo controle só nós podemos fazer. Que a democracia brasileira se fortaleça pelo nosso fortalecimento (Judiciário, Ministério Público, Advocacia) e não pelo nosso enfraquecimento, pois país sem profissionais do Direito é um país amordaçado e sem liberdade a nação foi assegurada pelo gesto altaneiro, patriótico e de independência do Poder Judiciário.

DEBATE

ABERTURA DO ANO JUDICIÁRIO DE 1997*

Ministro José Celso de Mello Filho
Vice-presidente do Supremo Tribunal Federal

Desejo, inicialmente, registrar a honra insigne, que, para mim, representa a outorga, pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do “Colar do Mérito Judiciário”, que constitui distinção de inexcédível importância e significado.

A concessão de tão dignificante comenda tem um sentido muito especial para mim, eis que constitui motivo extremamente honroso ser agraciado nesta mesma solenidade ao lado dos professores Goffredo da Silva Telles Jr. e José Inácio Botelho de Mesquita, que, além de serem figuras eminentes de nosso mundo jurídico e juristas de altíssima reputação, por todos respeitados e admirados, em face de sua importância e de sua enriquecedora contribuição para a ciência do Direito, foram, também, meus professores, grandes professores, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

O legado que os professores Godofredo da Silva Telles Jr. e José Inácio Botelho de Mesquita transmitiram aos seus alunos é imenso, é valioso e é indestrutível, pois eles nos ensinaram – e essa lição ainda pulsa em nossos corações, marcando profundamente o espírito de uma geração estudantil que experimentou o rigor asfíxiante de uma ditadura militar – que o respeito à ordem constitucional legítima, a repulsa ao arbítrio e a proteção das liberdades qualificam-se como os fins que devem inspirar a conduta daqueles que pretendem construir, edificar e consolidar o Estado democrático de Direito.

Faço estas observações, sr. Presidente e srs. Desembargadores, porque a restauração da ordem democrática no Brasil, para ser plena, há de neutralizar os impulsos, ainda gerados no interior do próprio aparelho de Estado, que incompreensivelmente estimulam a desconsideração do valor e do significado que uma ordem constitucional legítima deve representar para a consciência de homens livres e para as formações sociais organizadas de acordo com o princípio da liberdade.

Uma visão do processo político-inconstitucional, que se recuse a compreender a supremacia da Constituição e que hesite em submeter-se à autoridade normativa de seus preceitos, notadamente daqueles que consubstanciam as cláusulas pétreas – que protegem o núcleo irreformável e a essência mesma do pacto constitucional –, é censurável e é preocupante, pois torna evidente que ainda há, na intimidade do Poder, um resíduo de indisfarçável autoritarismo, despojado de qualquer coeficiente de legitimidade ético-jurídica.

Nesse contexto e com os olhos permanentemente voltados para recente período histórico, que, ao longo de 21 anos, aniquilou, em nosso País, o regime das franquias individuais e das conquistas políticas e sociais da cidadania, é preciso destacar a importância fundamental do Poder Judiciário na promoção da causa democrática e na defesa do princípio da liberdade.

Os magistrados devem obediência exclusiva à autoridade normativa que emerge da Constituição e que se funda no consenso dos governados. Os juízes têm - e devem ter -, na ordem constitucional legitimamente estabelecida, o parâmetro inafastável de sua atuação institucional. Os órgãos do Poder Judiciário devem constituir o instrumento vital da cidadania na defesa do estado democrático de Direito, pautando as suas ações pelo respeito incondicional aos postulados básicos, aos valores essenciais e aos objetivos fundamentais que conferem à Constituição do Brasil o sentido verdadeiramente democrático de que ela se acha impregnada.

A magistratura, que exerce a função jurisdicional por delegação soberana do Povo, não pode permitir, sob pena de grave infidelidade à alta missão institucional que lhe foi atribuída, que se organizem, no seio do Estado, sistemas marginais de poder, vocacionados a frustrar a força normativa da Constituição e a transformar, em prática banal e inseqüente, o gesto inaceitável de descumprimento dos princípios constitucionais que estruturam, em nosso sistema jurídico, o modelo político de Estado democrático de Direito.

O texto constitucional, por isso mesmo, sr. presidente, não deve expor-se a manipulações exegéticas que somente visam a propiciar interpretações jurídicas destinadas a satisfazer a conveniência de determinados planos governamentais que se revelam incompatíveis com os postulados fundamentais da Carta Política. A Constituição não é mera *lex privata*. O governante não pode interpretá-la somente *pro domo sua*. Ela representa, na abrangência do seu subordinante domínio normativo, o instrumento de definição das relações institucionais entre os poderes da República, além de qualificar-se como o manto tutelar das liberdades públicas e de proteção social, política e jurídica da cidadania, em fase de índole expansiva e muitas vezes arbitrária que caracteriza a atuação do poder estatal.

Interpretações facciosas da Constituição, que somente considerem, como perspectiva única do intérprete, a visão dos interesses próprios das agências governamentais, deslegitimam-se por si mesmas, em face da natureza de que se reveste o texto constitucional, vocacionado – enquanto obra de compromisso fundada no consenso emergente da comunhão nacional – a tornar efetivos, na prática concreta das instituições, os postulados do pluralismo político, da livre circulação de idéias, das liberdades públicas e da divisão funcional do Poder.

O magistrado – para legitimar-se em função essencial da arbitrar os conflitos, dirimindo-os em caráter definitivo – deve ser intérprete fiel e o guardião escrupuloso dos princípios que dão à Constituição da República – e ao ordenamento jurídico que com ela seja compatível – o sentido de instrumentos verdadeiramente democráticos, porque essencialmente fiéis à vontade que reflete os anseios supremos do Povo.

Recusar a supremacia da Constituição, para, sobre ela, fazer prevalecer a vontade pessoal do governante, significa romper a normalidade jurídica do Estado democrático de Direito.

Dentro desse específico contexto, cumpre registrar, com preocupação, que a experiência jurídica brasileira tem demonstrado a ocorrência de uma crescente apropriação institucional, pela Presidência da República, do poder de legislar, que, por imposição dos postulados que regem o estado democrático de Direito, pertence, exclusivamente, ao Congresso Nacional.

Essa indevida ocupação, pelo Poder Executivo, do espaço constitucionalmente reservado à atuação da instituição parlamentar provoca graves distorções de caráter político-jurídico, pois as medidas provisórias – consideradas a essência democrática do regime constitucional que prevalece no Estado brasileiro – não foram concebidas de substituição da atividade legislativa comum do Congresso Nacional.

Na verdade, a indiscriminada utilização de medidas provisórias pelos diversos presidentes da República tem representado, ao longo desses sucessivos mandatos presidenciais, comportamento institucional que não presta a necessária reverência ao texto da Constituição da República.

É certo que as múltiplas exigências que concernem ao Estado contemporâneo impõem a adoção de mecanismos destinados a viabilizar uma produção normativa ágil e eficaz reclamada por situações extraordinárias de necessidade e de urgência.

Essas situações extraordinárias de necessidade e de urgência – muito embora legitimem, no contexto do modelo constitucional brasileiro, o exercício da atividade normativa primária pelo Executivo – não conferem ao presidente da República o poder de manipular a excepcional competência de editar atos com força de lei, eis que essa prerrogativa de ordem institucional, por não se qualificar como um direito fora a Constituição, supõe, para efeito de seu válido exercício, a estrita observância das normas impostas pela própria Lei Fundamental.

É que as medidas provisórias não podem qualificar-se como expressão formal de um gesto estigmatizado pela nota da ilicitude constitucional. Cumpre não desconhecer, neste ponto, que é o Parlamento, no regime da separação de poderes, o único órgão estatal investido de legitimidade constitucional para elaborar, democraticamente, as leis do Estado.

Mais grave do que isso, no entanto, revela-se a conduta dos que, querendo impor a vontade governamental, pretendem negar prepotentemente ao Judiciário, fundados em interpretações abstrusas e concepções equivocadas, a possibilidade de aplicar postulados da mais elevada estatura normativa, que encontram fundamento na própria Constituição da República. Esse gravíssimo comportamento governamental nada mais significa, na dimensão em que se projeta o nosso sistema de direito positivo, do que o deliberado e censurável intuito de praticar um ilícito constitucional, com grave subversão da hierarquia jurídica.

Somente pessoas desatentas ao fato de que vivemos sob um regime constitucional de poderes limitados, que se mostram infensas a qualquer compromisso com a ordem jurídica consagrada pela Constituição – que representa, no seio das sociedades politicamente organizadas, o único parâmetro subordinante de todas as ações estatais – seriam capazes de desrespeitar os fundamentos em que se assenta, em toda a extensão de sua legitimidade, o Estado democrático de Direito.

A missão política de Poder Judiciário reveste-se de um significado transcendental no plano de nossas instituições republicanas. A Constituição e as leis - todos o sabemos – nada mais são do que a sua própria interpretação. No poder de interpretar o ordenamento jurídico reside a magna prerrogativa judicial de estabelecer o alcance e de definir o sentido da vontade normativa proclamada pelo Estado.

Eventual interpretação desfavorável das normas jurídicas não pode ser invocada como ato ofensivo ao princípio constitucional da legalidade e, muito menos, como gesto incompatível com o postulado da legalidade e, muito menos, como gesto incompatível com o postulado da separação de poderes, especialmente quando se tem em conta a necessidade de fazer prevalecer, no processo de indagação do ordenamento normativo, postulados de irrecusável hierarquia, como o são aqueles que derivam da própria Constituição da República.

Os governantes não podem pretender que deles, unicamente, emanem as legítimas interpretações da Constituição e das leis. Esse não é o domínio institucional de sua atuação e nem essa constitui, no plano e nossa organização jurídica, a atividade preponderante que lhes incumbe.

Interpretações legalistas das Constituições e das leis- que visem produzir exegeses servilmente ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social – representam clara subversão da vontade inscrita no texto de nossa Lei Fundamental e ensejariam, a partir da temerária aceitação da soberania interpretação manifestada pelos governantes, a deformação do sistema de discriminação de poderes, fixado, de modo legítimo e incontestável, pela Assembléia Nacional Constituinte.

Impõe-se lembrar – e lembrar a todo momento – que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, são essencialmente definidos e precisamente limitados. “E a Constituição foi feita” – adverte a doutrina (Hugo L. Black, *Crença na Constituição*, Forense, 1970, p. 39) – “para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos”.

Tenho sempre enfatizado que uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica subalterna, que possa sujeitar-se À vontade discricionária e irresponsável dos governantes, nem representa simples estrutura formal de normatividade e nem pode caracterizar ou ser interpretada como um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das Nações. A Constituição reflete um documento solene da maior importância político jurídica, sob cujo império protegem-se as liberdades, impede-se a opressão governamental e repudia-se o abuso do poder.

Ordens autoritárias, praticadas com abuso de poder e desrespeito ao texto constitucional, podem gerar – e geram com certeza – a deliquescência do regime democrático, desagregando-lhe as estruturas políticas, defraudando o seu sistema jurídico e descaracterizando-o naquilo que de mais essencial nele existe: e respeito incondicional e a submissão plena da autoridade pública ao império da Constituição.

Há, ainda, sr. Presidente, como questão essencial a merecer reflexão permanente do Poder Judiciário, o tema concernente à defesa dos direitos da pessoa humana.

A Declaração de Direitos constitui, no âmbito de nosso sistema normativo, o instrumento básico de preservação das liberdades públicas. Trata-se, em realidade, e de peça essencial na definição das relações político-jurídicas que se estabelecem entre a pessoa e o Estado.

A compreensão exata das múltiplas dimensões em que se projetam as liberdades públicas em nosso ordenamento jurídico permitirá definir, com precisão, o âmbito de incidência do poder estatal, afastando a possibilidade de o Estado, ao agir abusivamente ou com desvio de suas prerrogativas institucionais, comprometer o regime constitucional sob o qual florescem as liberdades e os instrumentos de proteção organizada dos direitos e garantias de caráter individual ou de ordem coletiva.

A essencialidade das liberdades públicas, enquanto expressão concreta das conquistas individuais e sociais obtidas ao longo do desenvolvimento de nosso processo histórico e político, traduz o reconhecimento de que o poder do Estado não deve ser absoluto e de que a dignidade da pessoa humana, a importância da cidadania e a necessidade da previdência do pluralismo político constituem valores fundantes da própria ordem democrática.

A proclamação constitucional dos direitos da pessoa humana reveste-se, na perspectiva daqueles que sofrem a ação institucional do poder, de um significado político, filosófico e jurídico que não deve ser ignorado pelos dirigentes da comunidade estatal, pois nela repousa o princípio fundamental de que o Estado, não obstante a realidade complexa das formações sociais contemporâneas, foi concebido para satisfazer os interesses e as necessidades das pessoas e das coletividades, nada justificando, em consequência, a invasão desses papéis na vida das Nações e dos povos.

A Constituição brasileira de 1988, refletindo generosamente as modernas tendências que orientam a formulação da Carta de Direitos, proclama, com fundamento numa visão global, contemporânea e sistêmica do tema – e, sobretudo, a partir da perspectiva *ex parte populi*, que é, sempre, a perspectivada liberdade -, os direitos de primeira geração (ou as liberdades clássicas ou negativas), os direitos de segunda geração (ou as liberdades reais, concretas ou positivas) e os direitos de terceira e

de quarta gerações, cuja titularidade, transcendendo a esfera dos indivíduos considerados em sua expressão, singular, repousa, exclusivamente, nos grupos primários nas grandes formações sociais (Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 1988).

A Lei Fundamental do Brasil consagra, hoje, um sistema devidamente institucionalizado de proteção aos direitos do Homem, viabilizando, desse modo, consoante ressalta Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*, Editora Campus, 1992), a consolidação da ordem democrática e a edificação de um sistema em que predomine, na abordagem da relação política, com uma radical inversão de perspectivas, não, mais o ângulo do soberano, mas, essencialmente, a visão e as concepções do súdito e do cidadão.

Dentro desse contexto, torna-se imperioso que o Poder Judiciário, no exercício de suas funções institucionais, que, de maneira decisiva, como o órgão protetor dos direitos da pessoa humana, permitindo, desse modo, que se forje, no espírito das pessoas, a necessária consciência crítica sobre a importância vital da Constituição como instrumento de limitação do poder e de salvaguarda das liberdades.

A análise dos aspectos centrais pertinentes ao exame dos direitos e garantias individuais coletivos torna perceptível a situação de tensão dialética gerada pelo conflito histórico entre o princípio da liberdade e o postulado da autoridade, que, enquanto idéias nucleares de qualquer formulação doutrinária em torno da teoria do estado, têm-se antagonizado ao longo do processo de desenvolvimento político das sociedades humanas.

E é, precisamente, a emergência dessa situação de antagonismo – que faz periclitar o princípio da liberdade – que torna essencial a intervenção tutelar do Poder Judiciário.

É preciso enfatizar – e enfatizar com veemência, sr. presidente – que o Poder Judiciário tem um compromisso histórico com a preservação dos valores fundamentais que protegem a dignidade da pessoa humana. Os magistrados não podem prescindir, na sua atuação institucional, da necessária, da necessária observância de um dado axiológico essencial, que se exterioriza na preponderância do valor ético fundamental do Homem.

Essa visão do tema, que deveria de uma perspectiva *ex parte populi*, busca consagrar o postulado da liberdade e a primazia da pessoa humana, no campo delicado e complexo das relações tão estruturalmente desiguais entre o Estado e o indivíduo.

A problematização da liberdade individual na sociedade contemporânea não pode prescindir desse dado axiológico essencial que se traduz na prevalência do valor ético fundamental das pessoas humanas.

Por isso mesmo, acentua Celso Lafer, (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p.180), verbis. “O valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário da natureza.”

Esta é uma verdade que se não pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração das liberdades públicas e ao desprezo, pelo Estado, dos direitos da pessoa humana, que constituem valores fundantes e condicionantes da própria ordem político-jurídica instaurada no âmbito da comunidade estatal.

Por isso mesmo, e atenta a esse fenômeno, a Assembléia Nacional Constituinte, ao promulgar a Constituição do Brasil em 1988, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica: (a) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); (b) a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); (c) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); (d) a inafiançabilidade e a inagraviabilidade do crime de tortura (art. 5º, XLIII); (e) a proscricção de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); (f) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do estado (art. 5º, XLIX); (g) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, VII, b); (h) a

impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal das liberdades públicas (art. 60, § 4º, IV); (i) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

A tortura nesse contexto, constitui a negação arbitrária e irracional dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável exercício de atuação estatal que asfixia e suprime a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

Esta é uma asserção que deve ser proclamada, que deve ser reiterada e que não deve ser jamais desconsiderada pelo Poder Judiciário, pois aos magistrados incumbe defender a supremacia da Constituição e a intangibilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, repelindo, no desempenho do ofício jurisdicional qualquer ensaio de opressão estatal.

O Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das franquias constitucionais. Essa alta missão que foi confiada aos juízes e Tribunais pelo povo qualifica-se como uma das mais expressivas funções institucionais do Poder Judiciário.

Impõe-se advertir, sr. Presidente: entre a luta pela preservação dos fundamentos que dão consistência ao Estado de Direito e o consciente desrespeito à fórmula que consagra a ordem democrática em nosso País, não tem a magistratura brasileira, em face dessa relação dilemática, outra opção ético-jurídica senão a de sustentar e a de fazer impor a vontade soberana, que, de modo inquestionavelmente legítimo, emana da própria Constituição da República.

Em suma, sr. Presidente : entre a luta pela preservação dos fundamentos que dão consistência ao Estado de Direito e o consciente desrespeito à fórmula que consagra a ordem democrática em nosso País, não tem a magistratura brasileira, em face dessa relação dilemática, outra opção ético-jurídica senão a de sustentar e a de fazer impor a vontade soberana, que, de modo inquestionavelmente legítimo, emana da própria Constituição da República.

Sabemos todos que, hoje, no contexto das reformas do Estado, a questão do Poder Judiciário constitui um dos tópicos mais expressivos que compõem a agenda política nacional.

É certo que a reforma do aparelho judiciário e do sistema processual se impõe como providência essencial à busca de maior eficácia social para a prestação jurisdicional, à racionalização do modelo de administração da Justiça, à celeridade na solução responsável dos conflitos individuais e sociais e à obtenção de transparência e visibilidade em relação aos atos de administração praticados pelos magistrados e tribunais, pois nenhum órgão do Estado pode dispor, numa sociedade democrática, de imunidade à fiscalização da cidadania e do corpo social.

Essa reformulação institucional do Poder Judiciário, no entanto, não pode conduzir à criação de mecanismos que suprimam ou tendam a reduzir a independência orgânica dos corpos judiciários, ou que busquem, a partir de formulações interpretativas subordinantes, fixadas em instância jurisdicional diversa, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando uma inadmissível interdição ao direito de o magistrado pensar criticamente e de decidir livremente, segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observância responsável dos limites fixados pelo ordenamento positivo.

Se o juiz não tiver liberdade para decidir, e se também não dispuser do necessário grau de autonomia funcional e de independência intelectual para dirimir, segundo a Constituição e as leis com ela compatíveis, os conflitos de interesses, notadamente aqueles que se estabelecem em função de comportamentos abusivos do Poder Público, tornar-se-á nulo, em nossa organização política, o sistema das franquias individuais, permitindo, como efeito conseqüencial perverso, que o regime das liberdades públicas venha a transformar-se, perigosamente, num conceito vão, abstrato e inútil.

O juiz não pode ser despojado de sua independência. O Estado não pode pretender impor ao magistrado o veto da censura intelectual, que o impeça de pensar, de refletir e de decidir com liberdade.

É preciso não perder jamais de perspectiva o fato de que os Tribunais e juízos constituem, por excelência, o espaço institucional de defesa das liberdades.

O direito de o magistrado proferir decisões com independência e liberdade, observados os parâmetros delineados pelo sistema de direito positivo, sem qualquer tipo de imposição exegética ou de definição interpretativa condicionante, constitui o pressuposto indeclinável ao exercício responsável da jurisdição e o requisito essencial à preservação dos direitos fundamentais e das franquias democráticas, pois, sem juízes independentes, não há sociedades livres.

Concluo as minhas palavras, sr. Presidente. Ao agradecer, uma vez mais, a honra insigne que, para mim, significou a outorga do “Colar do Mérito Judiciário”, não posso deixar de proclamar, como paulista, que, para honra de São Paulo, o Poder Judiciário de nosso Estado é digno, é exemplar, é modelo de excelência, é independente e tem o respeito incondicional de seu povo.

DEBATE

O ESTADO, A REFORMA AGRÁRIA E O PONTAL DO PARANAPANEMA (E O QUE TEM ISSO A VER COM A VIDA DA DONA CAROLINA?)

Belisário dos Santos Jr.
**Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do
Governo do Estado de São Paulo**

O saudoso Prof. José Gomes da Silva (*in Anais da XI Conferência da OAB*), em setembro de 1986, na Conferência Nacional dos Advogados, iniciou o trabalho Decálogo da contra-reforma citando esta frase, de autor desconhecido: “De tanto falar em reforma agrária, alguns já acham que não é mais preciso executá-la”.

Entre os pecados capitais da “contra-reforma”, eram apontados: colonizar terras virgens, como alternativa para a reforma agrária (deslocar a discussão do latifúndio próximo aos centros de consumo para áreas além da fronteira agrícola); parcelar a terra (unidades familiares diferenciadas e estanques) – parcelar é bloquear a reforma; impedir a participação dos trabalhadores (tratar a reforma com paternalismo); pagar as desapropriações em dinheiro; dar à reforma uma formulação política inviável; diluir a reforma agrária com derivados; e deixar a reforma solta no tempo.

Em 1988, antes da Constituição Federal, Fábio Comparato (*in Muda Brasil*, Ed. Brasiliense, p. 56), já alertava para a distinção entre propriedade-poder e propriedade fruição: “Parte-se do princípio de que a propriedade existe para satisfação dos interesses do próprio titular. Como tal ela é, sem dúvida, uma das garantias de proteção à dignidade da pessoa humana, desde que limitada aos bens indispensáveis à realização dessa finalidade. Em si mesma, não tem a propriedade nenhuma função social: não é um poder atribuído para a satisfação dos interesses de terceiros. Daí seguem-se duas conseqüências básicas: a) a propriedade, enquanto garantia de proteção à pessoa humana, não pode ser suprimida ou sacrificada aos interesses sociais, porque a dignidade da pessoa humana é o primeiro e mais fundamental valor social; b) nas hipóteses em que ela não é condição da dignidade da pessoa humana, a propriedade privada deve ceder o passo à realização dos interesses sociais, com indenização limitada, ou mesmo sem indenização alguma no caso de concentração abusiva.

Daí a proposta de: garantia do direito individual de propriedade sobre fundos agrícolas diretamente explorados, nas dimensões necessárias à manutenção do agricultor e de sua família, de acordo com planos de desenvolvimento agropecuário; desapropriação de imóveis rurais com indenização até o montante do valor cadastral do imóvel para fins tributários; desapropriação sem indenização no caso de concentração abusiva; e proibição de concessão de terras públicas de área superior a 500 ha.

Apesar do alerta, o constituinte brasileiro não fez a opção pela reforma agrária.

Nos arts. 184 e ss. Da Constituição Federal contemplou-se a necessidade de pagamento em valor real de terras improdutivas, com pagamento integral de benfeitoras úteis e necessárias. Isto foi saudoso com vitória dos opositores da reforma agrária.

O impedimento de desapropriação de médias propriedades, ainda que improdutivas e da propriedade produtiva, qualquer que seja seu tamanho reforça tal convicção.

No campo internacional, são vários os instrumentos que tratam da reforma agrária: Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1997); Declaração sobre o progresso e o Desenvolvimento Social (1969); Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966); Declaração Universal para Erradicação da fome e da desnutrição; e Convênio 141 da PIT (sobre organização de trabalhadores rurais). O interessante é a vinculação da idéia (reforma agrária) a temas como combate à discriminação, realce do papel da mulher no processo da reforma agrária, direitos econômicos e sociais, organização dos trabalhadores, progresso econômico e erradicação da fome.

Nos países do Sudeste Asiático, em que se produziu e reforma agrária com êxito – Japão, Coreia e Taiwan – foi fixado índice a incidir sobre o valor da produção média da terra, para cálculo da indenização (no Japão = 3 vezes o valor da produção média; em Taiwan – 2,5 vezes e na Coreia – 1,5 vezes). Os reconhecidos efeitos dessas reformas melhoraram a distribuição de renda, como a própria distribuição do poder entre o campo e a cidade.

Em parte, por descaso a essas advertências e por desprezo a essas lições, a reforma agrária continuou sendo enfrentada não como dilema econômico, mas como vetor ideológico, divisor de águas manejado com paixão, emoção e ódio. Como caso de polícia ou justiça e não como opção de desenvolvimento ou questão de cidadania.

O governo estadual não pode, isoladamente, promover reforma agrária. Esta é a missão constitucional do governo federal. Aos governos locais faltariam instrumentos importantes, como crédito especial, competência para desapropriação, possibilidade de fixação de políticas agrícolas adequadas etc. No entanto, o Governo do Estado de São Paulo decidiu implantar uma política de assentamentos utilizando áreas devolutas, da forma mais econômica e produtiva que fosse viável. Manteve-se o Itesp na órbita da Secretária da Justiça e da Defesa da Cidadania, marco que evidencia o tratamento inicial das questões de reforma agrária, como caso de cidadania. E, considerando ser a região do extremo oeste do Estado (o Pontal do Paranapanema) uma das regiões de maior incidência de conflito pela posse e uso da terra, além de ter um dos menores índices de desenvolvimento do Estado, decidiu-se criar e divulgar um plano de ação governamental para o Pontal do Paranapanema, em setembro de 1995. Isto evidenciou o respeito deste Governo para as questões maiores da reforma agrária.

Alguns pontos fundamentais desse Plano: a legitimação de pequenas áreas (até 100 ha.), como determinado em lei; o respeito às áreas de até 500ha. Ou menos (consenso entre produtores, trabalhadores sem-terra e lideranças políticas), através de mecanismos de concessão de uso (até que a lei estadual disponha definitivamente sobre a questão); a reivindicação de áreas já discriminadas desde 1957, mas ainda não na posse do Estado; a imediata obtenção de 30% das áreas em reivindicação para início do processo de assentamentos, por acordo ou decisão judicial (tutela antecipada); o reconhecimento em princípio, para efeito de acordo, ressalva prova em contrário, da boa-fé dos atuais ocupantes, e assim do direito à indenização das benfeitorias úteis e necessárias (como o determinam a CF e o CC); utilização de critérios técnicos para estabelecimento dos módulos de assentamento e para o reconhecimento da condição de assentados; a formalização de convênios com o Incra (para dividir os encargos com indenizações das benfeitorias em áreas devolutas) e os municípios afetados (para cooperação na regularização das áreas inferiores a 100 ha., ou para propositura das ações reivindicatórias de sua competência); a manutenção permanente de negociação com os trabalhadores e suas organizações e com representantes dos produtores rurais; utilização do mecanismo da permissão de uso, válvula de calibração do sistema; a efetivação de ações integradas de vários órgãos governamentais, para obras de infra-estrutura na região; estabelecimentos de prazos e metas; assistência técnica, inclusive para elaboração de projetos de acesso a financiamentos.

O Governo do Estado, apoiado em tal Plano, reivindicou 33 áreas superiores a 500 ha. O Município de Mirante do Paranapanema fez o mesmo em relação a cinco áreas pertencentes ao círculo municipal. Houve muita crítica em relação a essa opção do governo estadual. Muitos prefeririam a inércia anterior. Mas. Em respeito à Justiça, era imperioso executar as decisões definitivas do Tribunal de Justiça de São Paulo (que declarava públicas terras naquela região). Ao fazê-lo, recuperando para seu domínio

tais terras devolutas, o Estado fez incidir a previsão da legislação constitucional e infraconstitucional, de dar destino de assentamento a essas áreas.

Nessas ações reivindicatórias, ousada foi a deliberação do Estado de pedir (através da Procuradoria Geral do Estado, a partir de dezembro de 1995) e igualmente corajoso foi o Poder Judiciário ao conceder tutela antecipada em ações reivindicatórias (decisões mantidas pelo Superior Tribunal de Justiça). A tutela estendia-se a 30% da área reivindicada e visava permitir o assentamento provisório de famílias cadastradas, diminuindo a tensão na região. Mais de 2.300 famílias assentadas (antes acampadas) iniciaram culturas de subsistências e os fazendeiros que ocupavam as áreas devolutas continuaram a se utilizar dos 70% restantes, sem qualquer conflito, até o instante da indenização. Tal providência reduziu a tensão nas áreas devolutas do Pontal do Paranapanema.

Ao menos tempo em que se iniciava as ações judiciais, o Governo do Estado manteve diálogo com os réus e buscou recursos financeiros para indenizar as benfeitorias existentes nessas áreas. Obtidos os recursos com o Incra, foram efetivados os primeiros acordos.

Em fevereiro de 1997, foram pagas as primeiras indenizações de benfeitorias (30% em dinheiro e 70% em TDAs) para 13 fazendas, estendendo-se os assentamentos para 100% das áreas reincorporadas ao domínio do Estado.

No total, foram realizados até este momento 32 acordos para indenização apenas de benfeitorias, já que a terra é devoluta por definição judicial. Alguns acordos foram celebrados nos mesmos moldes em áreas ainda não reivindicadas. Ao mesmo tempo, um grande esforço governamental de construção de estradas, escolas, postos de saúde, poços para distribuição de água, de implantação de eletrificação rural, de financiamento de moradias, além de realização de ações de conservação de solos, apoio à produção (empréstimo de sementes e mudas frutíferas) e de gerações alternativa de rendam, está mudando a face da região. Os índices de arrecadação de ICMS, o aumento de venda de eletrodomésticos e demais números do comércio nessas cidades, inicialmente, afetadas pelo plano, demonstram a acerto da decisão governamental.

Mas assentar não é distribuir terra, nem meramente garantir sobrevivência dos assentados. Em parceria com a Unesp. O Instituto de Terras realizou, em 1996, mais de 200 cursos para assentados e técnicos municipais e de seu próprio quadro.

A importância do processo de educação manifesta-s, também, através de boletins periódicos aos assentados, orientadores de formas mais modernas e eficientes de produção e de comercialização.

A ênfase da assistência técnica é o aumento da produtividade. Levar o assentado e sua família muito além da linha da pobreza (1sm/mês), alcançando e ultrapassando rapidamente a renda familiar média brasileira (3,8 sm/mês), mediante planejamento, acesso a financiamento, sempre com acompanhamento técnico.

Projeto recentemente aprovado pela Fapesp permitirá o acompanhamento dos impactos econômicos e sociais dos assentamentos na região, através de pesquisadores de Unicamp.

A primeira parte do plano incide exatamente nas áreas superiores a 500 há. De 41 % do Pontal (percentual de áreas declaradas devolutas definitivamente em decisões judiciais). Li há ainda 15% de áreas particulares. E, por fim, há 44% de áreas sobre as quais há fundada dúvida dominial, embora não haja decisão a origem das áreas é a mesma de outras já declaradas devolutas.

A segunda parte do Plano pretende possibilitar a regularização de tais áreas. Isto se dará mediante edição de decreto estadual que regulamentará o art. 9º da Lei 4.925/85, que permite acordos nas ações discriminatórias. A finalidade é arrecadar rapidamente novas áreas para assentamentos, regularizar áreas de domínio duvidoso em posse de fazendeiros, solucionar o secular conflito fundiário no Pontal. O decreto abrangerá perímetros não discriminados ou com discriminação em andamento no Pontal. O acordo, através de regras objetivas, preverá o repasse de parte da área para o Estado, conservando o ocupante outra parte em seu nome.

A terceira parte do Plano – a edição de uma lei de terás – se dará para definição de forma de legitimação da posse dos imóveis entre 100 e 500 há. Não tocados pelas fases anteriores.

Este é um processo de cidadania, de inclusão de setores sociais antes relegados. Mas constituem igualmente objetivos estratégicos desse Plano a re-introdução de formas mais eficientes e sustentáveis de produção agropecuária, a dinamização da economia do Pontal e a reposição de suas terras no mercado imobiliário, a recuperação ambiental daquela região (que já foi grande reserva florestal) e a distensão social.

Esta é uma história em que conceitos e instrumentos jurídicos diversos (reforma agrária, terras devolutas, ação discriminatória, reivindicatória, tutela antecipada, decisão judicial, decreto, acordo, indenização, boa-fé, Constituição Federal, respeito aos direitos humanos) bem manejados estão contribuindo para melhorar a condição de vida de milhares de pessoas.

Concluo, respondendo à pergunta inscrita no título deste articulado. Dona Carolina, ex-acampada, líder dos assentados em uma das primeiras fazendas cuja tutela antecipada de 30 % fora entregue pelo Poder Judiciário ao Estado, respondendo o que havia mudado desde trinta dias antes, ao por os pés em parte do que será seu lote definitivo no futuro, respondeu: “Mudou minha perspectiva de vida. Quer dizer, mudou tudo. Agora tenho esperança de uma vida digna.”

DEBATE

PLANEJAMENTO PARA A JUSTIÇA

Nelson Schiesari
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A atuação do Estado deve desenvolver-se com máxima eficiência e o mínimo custo possível. Para tanto, é imperioso que os agentes públicos estejam imbuídos da convicção de que devem cuidar dos assuntos públicos com o mesmo zelo que empregam na administração de seus próprios interesses. Nada menos. Embora da maior relevância, só isto não é suficiente para se atingir aquele elevado objetivo. Impõe-se, paralelamente, a exigência de capacitação do pessoal, bem assim da adoção de adequados métodos de trabalho, sem se negligenciar no que pertine à idéia-força de que o Estado é meio e não fim, u, em outras palavras, que o destinatário de sua ação não é e nem pode ser ele próprio ou os seus agentes, mas sim a Sociedade.

Todo aparelhamento estatal há de mover-se por essa disposição. Assim, o Governo, a Administração Pública, o Legislativo. E a Justiça também. Ao Governo incumbe a tomada de decisões políticas, não raro em intenção com o Legislativo. À Administração incumbe, por sua vez, a prestação permanente de serviço público em todos os níveis e áreas de interesses da Coletividade. Aquele se inspira na ciência política; esta na ciência da administração, completando-se no mister de servir à população em suas múltiplas necessidades. Nota-se, então, que atuam, ambos, em prol desta última independentemente de provocação sua. A Justiça, ao converso, dada a sua própria natureza, opera casuisticamente, mediante provocação daqueles que dela necessitem, tanto na esfera civil como na criminal. Assim, ao passo que a Administração Pública opera impessoal e genericamente, a Justiça atua em favor das pessoas cujos direitos subjetivos já foram violados ou estão ameaçados de violação.

Aí, contudo, se esgotam as diferenças essenciais. São comuns aos três Poderes, nas diversas esferas da Federação brasileira, o dever de servir à Sociedade, com esmero e eficiência, como único modo de justificar a sua própria existência. Se o Judiciário, por exemplo, timbrar em se conformar com a ineficiência – intolerável nas sociedades evoluídas – estará condenado ao abandono da clientela, a mencionada Sociedade, que se verá na contingência de buscar novas alternativas, como, dentre outras, a ampliação do instituto da arbitragem, a criação de tribunais administrativos com poder de tomar decisões dotadas de definitividade em certas matérias, e, o que se mostra bem pior, a perda da credibilidade e respeito pelo Judiciário enquanto Poder estatal.

Um ponto da questão tem sido, a meu ver, negligenciado pela Justiça, em todos os níveis, inclusive na de São Paulo, recentemente, aliás, enaltecida em sessão solene de aventura do ano forense pelo eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal. Refiro-me à falta de uma ação

planificada deste Poder. Ora, planificar nada mais é do que fazer preparação para uma atuação eficiente, sonho de todos nós. Com efeito, preceitua o Dec.-lei 200/67, que implantou a reforma administrativa, no art. 6º, que a atividades da Administração obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I. planejamento; II. Coordenação; III. Descentralização; IV. Delegação de competência; e V. controle.

Apreciando tal preceito, anota o administrativista Oliveira Franco Sobrinho, *verbis*: “E o que se quer quando se fala em planejamento? Será o planejamento tão-só um processo administrativo de governo? Não e não. É um plano que define objetivos, qualifica recursos materiais e humanos, oferece métodos e formas de organização, estabelece equações de tempo e medidas qualificadoras, determinando espaços para o limite das atividades administrativas, além de outros possíveis requisitos necessários ao racional comportamento de pessoas ou órgãos, sejam centralizados ou descentralizados.” (Comentários à Reforma Administrativa Federal., Ed. Saraiva, 1975, págs. 71/72).

De resto, a Constituição da República prevê a elaboração do plano plurianual para programas de duração continuada (§ 1º do art.), aplicável, *mutatis mutandis*, aos Estados-membros da federação.

Como se constata é mesmo de rigor legal a adoção do princípio, dentre outros, do planejamento, no exercício da administração do Estado, nos três ramos do Poder e nas diferentes esferas federativas. Logo, vale para o Brasil, aos Estados e, também, para São Paulo. Ora, como lembra o mencionado mestre paranaense, “Com o Dec. – lei 200, obriga-se o Estado, a Administração e o administrado. Ainda que nele se contenha toda uma idéia generalizante de serviço público, não é por isso que se possa descumpri-lo nas suas opções determinativas, isto é, no que está ligado, direta ou indiretamente, ao interesse jurídico tutelado” (idem, *ibidem*, pág.37).

Cumpramos ressaltar que a técnica do planejamento deve incidir tanto nas opções políticas (*lato sensu*), isto é, o estabelecimento de diretrizes de ação superior da Justiça, quanto nas de caráter administrativo propriamente dito, isto é, na atividade normativa, financeira, de obras, de expansão/retração setorial de serviços existentes, de implantação de novos serviços, de política de pessoal etc.

O planejamento, pois, que é, como se viu, de emprego legalmente obrigatório, tem um efeito relevante imediato, que é a negação da improvisação. Esta prática deve ser de vez banida dos costumes administrativos do Judiciário para dar lugar à racionalização que conduz à eficiência na prestação dos serviços judicial. Inaceitável se mostra, doravante, ainda mais tendo em conta o alvorecer do novo século e mesmo do milênio, a precariedade das soluções improvisadas, ou tomadas ao impulso do administrador do momento, ao sabor de circunstâncias ocasionais ou até mesmo pessoais... Coisa que deve ser tida como ultrapassada, inaceitável há de ser doravante.

A questão vem à baila pela observação de que os dirigentes do Poder Judiciário, nacional ou local, se apresentam muitas vezes à sucessão, por assim dizer, de mãos vazias, isto é, sem um projeto de ação factível, ou, quanto menos, de um punhado de idéias que hão de inspirar sua futura gestão. Daí decorre, como o menor dos males, que entre nós se pensa e age no curto prazo, ou melhor, no curtíssimo prazo, sabido como é que o mandato dos dirigentes deste Poder não vai além de um biênio... Ora, pensar em “projeto” para dois anos á quase nada, é improvisação com interesses indisponíveis da Sociedade. Claro que não é desejável, de modo algum, a “politização” das administrações dos tribunais judiciais, mas, por outro lado, é de instante necessidade que aqueles que se dispõem a comandar o Poder Judiciário assumam e cumpram compromissos mínimos – rigorosamente de acordo com os reclamos da Sociedade destinatária de seu trabalho, e que o subsidia – declarados e discutidos, previamente, quando nada com os integrantes do Colégio eleitoral respectivo. É verdade que o postulado da racionalização do governo do Judiciário cintila, vez por outra, como se deu há pouco na Justiça paulista, ao reestruturar as antigas seções civis (não criminais) do Tribunal de Justiça, transformando-as em “Seção de Direito Público” e “Seção de Direito Privado”, medida que vem evoluindo satisfatoriamente, cuja nomenclatura, aliás, se mostra perfeitamente fiel ao conteúdo da matéria de competência de cada uma delas. É o acatamento ao princípio da especialização, de indiscutíveis méritos.

A adoção concreta do princípio do planejamento (a curto, a médio e a longos prazos) emprestaria maior transparência ao Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, opção mais segura àqueles dos seus membros que detêm o direito-dever de voto para promover com boa margem de segurança a alternativa que

melhor consulte o interesse público. O que se afirma, em suma, é que a opção por uma visão prospectiva da realidade judiciária é uma exigência da modernidade e um desafio imediato.

DEBATE

ELES E NÓS

Manuel Alceu Affonso Ferreira
Advogado

Imberbe solicitador-acadêmico, fui certa vez encarregado de despachar, na Vara da Fazenda Nacional, importante petição Apavorado, e sem conseguir decifrar linha alguma do complicado requerimento,. Apresentei-me ao saudoso Hely Lopes Meirelles, que ali julgava. Já famoso, após a leitura do papel, o saudoso jurista resolveu, para minha desgraça, questionar e pedido e seus fundamentos. Trêmulo, o estagiário bisonho absolutamente nada replicou, permanecendo em total mutismo e sentido desabar o universo. Ao que o dr.Hely – de quem mais tarde me tornaria fraternal amigo -, delicadamente objetou: “Calma rapaz! Sou apenas o juiz...”

Desde então, consciente de que sou “apenas o advogado” e, aquele a quem me apresento, “apenas o juiz”, a lição recebida vem me servindo de antídoto. Afinal, eles e nós somos, cada qual a seu modo e através de seus respectivos instrumentos, artífices do mesmo ideal: a Justiça. Agentes, por sinal, com virtudes convergentes e defeitos próximos.

Precisamos todos, eles e nós, da independência e dos valores democráticos. Repelimos, unísono, os assaques à liberdade e à autonomia de postular e de julgar. Na imprescindível serenidade da decisão, a combatividade da postulação encontrará o exame adequado. Se ao magistrado é indispensável, como requisito *sine qua* da equilibrada jurisdição, manter reserva sobre as impetrações que lhe cheguem, ao advogado é a extroversão, entusiasmada mas polida, que ganhará a atenção para a causa.

O juiz não confundirá firmeza com prepotência, circunspeção com grosseria, autonomia decisória com desatenção aos argumentos dos autos, rigor legal com alienação. Quanto ao advogado, não transformará o vigor postulatório em agressividade, nem assimilará habilidade com velhacaria, tampouco erigindo as suas prerrogativas em salvo-conduto para a afronta ou o desrespeito.

Tenho insistido em que a mesma sabedoria constitucional que permite, à nossa Ordem, a representação nas bancas de ingresso à Magistratura e ao Ministério Público, deveria prescrever, nas leis orgânicas e nos estatutos profissionais, o sentido inverso, isto é, a participação dos juízes e promotores nos procedimentos de seleção da Advocacia. Afinal, complementamo-nos, uns aos outros.

Eles e nós assistimos, na monotonia da realidade de todas as tardes, aquilo que Pedro Chaves chamava a “contemplação cotidiana das tristezas humanas”. Espetáculo desse tipo não nos insensibilizou. Pelo contrário, instiga-nos a consciência e a vontade de ajudar a reduzir, graças ao Direito, as lastimáveis misérias da convivência terrena.

Na Teoria Geral do Processo, um princípio que ficou esquecido pelos tratadistas deveria preceder os demais: o da cordialidade. A instrumentalidade, a oralidade, a liberdade probatória, a identidade física etc., tudo é secundário diante daquela condição prioritária – a lhaneza – que eles e nós freqüentemente lançamos às urtigas. Eles, baralhando severidade com arbitrariedade. Nos, denodo com hostilidade.

Em suma, apesar de nossas diferenças, das mágoas provocadas pelos atrevimentos, pelas sentenças contrárias, pela arrogância, pelos incidentes das audiências, pela desatenção às defesas orais, ou até pelas episódicas discordâncias em temas institucionais, palmilhamos o mesmo caminho e abraçamos objetivo comum. E isto, até por um pragmático imperativo de inteligência, dita-nos a união que respeite a soberania de cada segmento.

Afinal, temos adversários comuns, aliás muitos. Na época dos “justiçamentos” sumários, do renascer autoritário, das súmulas vinculantes, do estrangulamento econômico do Judiciário, do ordenamento

jurídico que substituiu o Parlamento por édito farisaicamente rotulados “provisórios”, a necessidade da aliança é manifesta. Nesses, e em outros setores do quadro nacional, corremos sérios riscos.

Eles e nós...

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO PAULISTA

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO APÓS O ADVENTO DA REPÚBLICA

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

Proclamada a República, buscou desde logo o governo provisório traçar novas diretrizes para o Poder Judiciário Brasileiro, em consonância com o novo regime político.

Operou-se, então, completa e radical transformação no complexo do país.

Criou-se o supremo Tribunal Federal em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital da República, à feição da Suprema Corte Norte-Americana.

Embora fosse mantida a unidade do direito substantivo, cabendo ao Congresso Nacional legislador privativamente sobre o direito civil, comercial e criminal (art. 34, nº 23, da Constituição Republicana de 1891), adotou-se o sistema de dualidade de justiça – justiça comum e federal – e também a dualidade processual com cada Estado-membro tendo competência para legislar sobre a matéria.

Como elucida José Frederico Marques: “se as unidades federadas iam ter autonomia para viverem um governo próprio na direção de seus peculiares interesses, mister se fazia que tivessem ao lado do Legislador Estadual e de seu Poder Executivo, também juízes e tribunais, visto que o Poder Judiciário se inclui entre os monômios em que se triparte o poder estatal.”¹

Esse princípio está claramente disposto na Exposição d Ministro Campos Salles, em janeiro de 1891: Não há Estado sem uma organização judicial própria e independente porque, como bem definiu um dos ilustres filósofos do século, o Estado é a justiça constituída.

Não há governo federal sem Poder Judiciário independente da Justiça dos Estados, para manter os direitos da União, guardar a Constituição e as leis federais.

Empenhei-me, pois, no estudo de uma organização da justiça federal, que garantisse o direito da União sem invadir a esfera do Direito dos Estados.

Inaugurava-se, assim, uma nova era para as instituições judiciárias nacionais.

A adoção pelo Governo Paulista de um Tribunal de Justiça

Promulgada a Constituição, foi elaborada a organização judiciária, pela Lei 18, de 21 de novembro de 1891, através da qual o residente do Estado de São Paulo tratava da competência do Tribunal de Justiça. Aos que estranharem o vocabulário “Presidente” lembraremos que naqueles tempos era essa a denominação do chefe do Executivo Estadual, sendo certo também que haja ao lado da Câmara dos Deputados em Congresso Estadual. Era uma organização política semelhante à do Governo Federal.

O Decreto 1 expedido pelo Governo paulista, a 30 de novembro daquele mesmo ano, regulamento a instalação dos tribunais criados pela Lei 18 e, posteriormente, um outro Decreto que levou o nº2, de 1º de dezembro, determinou a instalação do Tribunal de Justiça no dia 8 de dezembro de 1891.

Assim, na data determinada, instalou-se em sessão solene o Tribunal de Justiça de São Paulo, localizado à Rua Boa Vista, tendo sido eleito presidente o conselheiro João Augusto da Pádua Fleury, que prestou compromisso perante o seu imediato, Ministro Américo Vespúcio Pinheiro e Prado.

Foram escolhidos para integrar o novo órgão os seguintes nomes: 1) João Augusto de Pádua Fleury; 2) Raimundo Furtado de Albuquerque Cavalcanti; 3) Américo Vespúcio Pinheiro e Prado; 4) José Inácio Gomes Guimarães; 5) Agostinho Ermelino de Leão; 6) José Maria do Vale; 7) Frederico Dabney de Avelar Brotero; 8) Virgílio de Siqueira Cardoso; 9) Inácio José de Oliveira Arruda.

Efêmera, entretanto, seria a vida desse colégio judiciário, pois já no dia 17 de dezembro de 1891 vinha à lume o Dec. 6 que anulava os decretos anteriores acima aludidos. Dissolvendo, em consequência, o tribunal de Justiça.

Para a anulação dos Decs. 1 e 2, baseou-se o Executivo do Estado no fato de que as nomeações dos ministros haviam sido feitas sem a aprovação do Senado, conforme exigiam os arts. 36, nº8 da Constituição e 48 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, e como tal, aqueles atos não eram válidos, por ofensa à letra da lei.

Voltava a funcionar o artigo Tribunal da Relação.

Houve, em seguida, a dissolução do Congresso Estadual, tendo início a nomeação dos primeiros secretários do Estado.

O Segundo e Definitivo Tribunal de Justiça.

Ao doutor Bernardino de Campos caberia a tarefa de organizar definitivamente a Justiça Paulista.

Com efeito, assumindo a Presidência do Estado em 23 de agosto de 1892, esse eminente homem público tratou de levar a cabo a tarefa que lhe competia, nomeando em 8 de setembro, os seguintes magistrados para comporem o Tribunal de Justiça (o segundo): 1) Frederico Dabney de Avelar Brotero; 2) José Machado Pinheiro Lima; 3) Francisco Machado Pedrosa; 4) Inácio José de Oliveira Arruda; 5) José Xavier de Toledo; 6) Canuto José Saraiva; 7) Pedro Antonio de Oliveira Ribeiro; 8) Carlos Augusto de Lima; 9) Joaquim Augusto Ferreira Alves.

A instalação solene desse sodalício ocorreu em 13 de setembro de 1892, presentes o Presidente do Estado, doutor Bernardino de Campos, o Secretário da Justiça, doutor Manuel Pessoa de Siqueira Campos, o Diretor da Secretaria da Justiça. Doutor Joaquim Roberto de Azevedo Marques Filho, bem como os integrantes do Tribunal.

O Ministro Frederico de Avelar Brotero, por ser o mais antigo, assumiu a presidência interina, prestando o seguinte compromisso perante o Presidente do Estado: “Prometo cumprir com retidão, amor à justiça e fidelidade à lei e às instituições vigentes, os deveres do cargo de ministro do Tribunal de Justiça.”

A seguir, prestaram compromisso os demais ministros, repetindo a frase “assim o prometo”. Procedeu-se, depois, a eleição do Presidente, tendo sido eleito o Ministro Carlos Augusto de Sousa Lima.

A título de curiosidade, verificamos que o último desembargador nomeado no regime monárquico foi Justiniano Baptista Madureira, enquanto que a única intervenção do governo republicano no Tribunal de São Paulo foi a remoção do desembargador Frederico Brotero, de Porto Alegre, para a Corte Paulista.²

A denominação de “ministro” foi adotada pelos tribunais de São Paulo e do Espírito Santo. Os demais, conservaram a antiga denominação de “desembargadores”.

Os membros dos tribunais eram escolhidos em lista, de Antigüidade e merecimento pelos respectivos governos, salvo em alguns casos, em que a regra única era a da antigüidade.

Foi o Estado do Piauí a primeiro a adotar a denominação de “Tribunal de Justiça”, antecipando-se em muitas décadas ao nome que viria a ser generalizado, consagrado pela própria União.³

O “Controle da Constitucionalidade” pelo Judiciário.

O governo republicano assegurou as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos aos membros da magistratura, nos termos do art. 57, § 1º, da Constituição de 1891.

Ressalta, com autoridade, o Ministro Rodrigues de Alckmin que “completava-se, assim, na República, a evolução do Judiciário como poder político. Trouxe, a partir da emancipação do país, no governo imperial, vários elementos que lhe asseguravam decisiva participação na estrutura de um Estado de Direito: a vitaliciedade dos juizes que a Constituição republicana iria acrescer da inamovibilidade; o princípio do juiz natural, excluindo juizes e tribunais de exceção; a responsabilidade dos magistrados perante o próprio Poder a que servem sub-rogados da disciplina exercida através do Poder Moderador.”⁴

E prossegue: “A República trouxe para o Judiciário posição de maior relevância dentro do quadro dos poderes políticos” (idem).

Mas a grande inovação implantada pela República consistia no “controle da constitucionalidade das leis” que se conferia ao Judiciário, inspirada no exemplo da Suprema Corte Norte-Americana no célebre julgado *Marbury vs. Manson*, em que o *Chief Justice Marshall* proclamou a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, aduzindo que esta não poderia contrariar a lei maior.

Essa diretriz vinha consagrada expressamente na Exposição de Motivos do Dec. 848, de 1890, de autoria do Ministro da Justiça Campos Salles: “A magistratura que agora se instala no país graças ao regime republicano não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o exame, podendo dar-lhe ou recusar sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica...”

Aí está posta a profunda divergência de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal.

De poder subordinado que era, transforma-se em Poder soberano, apto, na esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade, e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício do cidadão.”

Tal orientação, que adotava o sistema de “freios e contrapesos” entre os poderes constituídos, representou processo notável nos primórdios da era republicana, pois constitui fórmula das mais sábias deixar-se ao poder apolítico a última palavra.

Como asseverou o Ministro Castro Nunes “o controle da constitucionalidade é uma forma especial de jurisdição que se governa por princípios e regras que lhe são peculiares.”⁵

Assenta-se ele no problema da hierarquia das normas, consagrando a precedência da lei soberana à lei subalterna, a ela superveniente, devendo a última guardar obediência à primeira, pois esta é de maior alcance e autoridade.

Outra função das mais relevantes outorgada aos tribunais pelo novo regime foi a garantia dos direitos e liberdades individuais, através da nova configuração dada ao instituto do *habeas corpus* erigindo-o em *remedium* constitucional.

Com efeito, a Constituição de 1891 assim estabeleceu em seu art. 72 § 22: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer, violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.”

No regime monárquico, o *habeas corpus* não tinha essa extensão, tratando-se de medida de direito processual, fruto da legislação ordinária, e não podia ser concedido ao estrangeiro nem existia em caráter preventivo.

Delineava-se, pois, o Judiciário como verdadeiro poder, aperfeiçoando-se o sistema de administração da justiça. O que provocaria por parte do conselheiro Rui Barbosa estas palavras: ‘Incomparável é,

portanto, a situação dos tribunais e, sobretudo, a do Supremo Tribunal Federal, no organismo das nossas instituições atuais; pois, ao passo que os transvios dos outros dois poderes têm na ação do judiciário, o mais eficaz dos corretivos, a justiça da república funciona como uma entidade oracular na declaração do direito constitucional, tendo por únicas seguranças de sua fidelidade o seu papel, a independência de sua magistratura, a índole orgânica das suas correlações legais, a inexpugnabilidade do seu posto através das agitações políticas, a vigilância da opinião nacional.”⁶

O Legislador Republicano e o Direito Processual

Em matéria de legislação processual, entretanto, não foi feliz o legislador republicano.

Tocando a cada Estado-membro legislar sobre processo (tanto civil como o penal) , esse ramo do direito tornou-se fragmentário, como inúmeras leis em vigor ou de vigência duvidosa, que seria quase impossível atinar-se com o texto a invocar.

Assim é que, bem entendida a questão, vigoravam princípios do livro III das Ordenações, não se falando noutros não alcançados pelo art. 1607 do CC; a Lei 261, de 3.12.1841 e seu respectivo regulamento; o Dec. 737, de 1850; a Consolidação de Ribas; o Dec. 848, de 1890, com a Lei 221, de 1894, que o completou; toda uma série de leis esparsas, tentadas consolidar, durante o Império ou durante a nova fase política e levada a efeito por José Higino, sem contudo, alcançar resultados práticos, pois as consolidações das leis processuais jamais alcançaram boa receptividade.

A aplicação das leis, pelos homens incumbidos dessa tarefa, tornava-se árdua e difícil.

Além do mais, confundiu o legislador republicano a matéria de organização judiciária com a processual, tornando-as incidíveis.

O primeiro Estado a ter um código de processo, de acordo com a nova ordem vigente, foi o Rio Grande do Sul, que já em 1898 promulgava o seu estatuto penal.

Alguns Estados, como o Pará, Goiás e Mato Grosso jamais tiveram códigos processuais próprios.

São Paulo não teve Código de Processo Penal, e no tocante ao processo civil, somente em 1930 organizaria o seu “codex”. Como anota Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, o assunto sobre o processo era tão vacilante “que João Mendes Júnior, um dos mais sábios processualistas e São Paulo, ainda em 1918, trinta anos depois de proclamada a República, sustentava a preeminência do Congresso Nacional para sobre ele legislar.”⁷

Assim, prosseguiu o sistema através dos anos, e a reforma constitucional de 1926 não cuidou do assunto. Somente mais de quarenta anos depois, seria conseguida a unidade processual, com a promulgação do Código de processo Civil, em 1939, embora o legislador constituinte de 1934 já a tivesse introduzido (art. 5º, XIX, “a” da Constituição Brasileira).

A Organização Judiciária Paulista após a Consolidação da República

A organização judiciária estadual, depois de consolidada a República, teve os seus princípios básicos inseridos na Constituição Estadual de 1891 (arts. 44 a 50) e nas leis orgânicas 18 e 80, de 1891 e 1892, respectivamente, além do Dec. 123, de 10.1.1892.

Para a administração da justiça civil e criminal – lembra Manuel Aureliano de Gusmão – o território do Estado estava dividido em comarcas, subdividindo-se estas em distritos de paz e constituindo o mesmo território na sua totalidade uma só circunscrição, para a jurisdição do segundo grau, exercida pelo Tribunal de Justiça⁸.

As comarcas e distritos eram circunscrições judiciárias que dependiam de lei do Congresso Estadual para a sua criação e cada comarca devia ter, pelo menos, 10 mil habitantes e, no mínimo, 200 jurados. Os distritos de paz deveriam contar com, pelo menos, 100 casas habitadas.

As autoridades judiciárias em primeira instância eram os juízes de direito e o júri nas comarcas, e os juízes de paz, nos distritos.

Em 1900, o Tribunal de Justiça passou a ter quinze juízes denominados “ministros”. Além disso, foi dividido em duas seções: uma civil, com nove ministros, e outra criminal, com cinco.

O presidente do Tribunal deveria ser tirado dentre os membros do próprio Tribunal, eleito por um ano, mediante sufrágio de seus membros, com atribuições de presidir as Câmaras reunidas e as sessões em separado de cada uma das Câmaras.

Na comarca da Capital havia nove juízes de direito, assim distribuídos: três com jurisdição cumulativa no cível, comércio e feitos da fazenda; dois, com jurisdição cumulativa nas varas de órfãos, ausentes e provedoria; e quatro para o serviço criminal.

Cada comarca do interior possuía um juiz de direito, exceto as de Santos, Campinas e Ribeirão Preto em que havia dois.

Notas e Referências Bibliográficas

1. MARQUES, José Frederico. *Instituto de Direito Processual Civil*, v. I, Ed. Forense, p. 90.
2. BROTERO, Frederico de Barros Brotero. *Tribunal de Relação e Tribunal de Justiça de São Paulo, Gráfica Paulista*, p. 170.
3. CÂMARA, José Gomes. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*, tomo IV, Ed. Brasiliense, p. 71.
4. ALCKMIN, José Geraldo Rodrigues de. *Discurso na Comemoração do Sesquicentenário da Independência não TJSP – in Diário da Justiça*, de 22.9.72, p. 2.
5. NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Ed. Forense, p. 583.
6. BARBOSA, Rui *Coletânea Jurídica*, Cia Ed. Nacional, p. 19.
7. VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Direito Processual Civil*, Ed. Saraiva, p. 227.
8. GUSMÃO, Manuel Aureliano de, *Processo Civil e Comercial*, Ed. Saraiva p. 112.