

Editorial

É com orgulho que chegamos à quarta edição da Revista da Escola Paulista da Magistratura. Num momento em que as leis do País são alvo de modernização, fruto da evolução da cidadania, as discussões acerca de temas jurídicos ganham peso na sociedade. Desde que foi lançada, a publicação tem acompanhado estas transformações, abrindo espaço ao debate e à manifestação de idéias. Fazendo isso, tem crescido e despertado o interesse não apenas dos magistrados, mas de toda a comunidade jurídica.

Mostra disso, são os artigos de renomados profissionais brasileiros, que debruçaram-se sobre os temas em pauta para ler aos leitores diferentes considerações acerca de assuntos sobre os quais temos, pela força da atividade, que dar respostas em nosso cotidiano. Especial atenção foi dada ao novo Código Civil, com várias abordagens sobre suas principais inovações. Para mostrar como têm acontecido as discussões em torno da reforma do Código Penal, a seção “Entrevista” traz um pingue-pongue com o presidente da Comissão de Reformulação do Código Penal e Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro.

Para as diversas áreas do Direito, contempladas em seções nesta edição, professores, advogados, juristas e magistrados elaboraram artigos inéditos, que contribuem para o desenvolvimento científico e cultural do universo jurídico. A todos eles, nossos agradecimentos por terem dedicado parte de seu escasso tempo a esta tarefa. Para finalizar, o Caderno Literário, além de poesia e prosa, traz um perfil do poeta e escritor Paulo Bomfim, que compartilha com os leitores sua vivência literária e intelectual e conta um pouco sobre as influências que teve (diga-se, intensa, do Judiciário) para chegar a ser o “Príncipe dos Poetas Brasileiros”. Boa leitura!

O Conselho Editorial.

Sumário

ENTREVISTA

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Algumas Considerações sobre a Lei de Ação Civil Pública
ANTONIO CARLOS MALHEIROS

Lei de Arbitragem; Injustiça e Ofensa à Constituição

Antonio Raphael Silva Salvador

A Evolução do Direito de Família e as Expectativas para o Futuro

Benedito Silvério Ribeiro

Inovações do Projeto de Código Civil

Carlos Roberto Gonçalves

Os Alimentos no Novo Código Civil

Dilermando Cigagna Jr.

Ainda o Procedimento Monitório

Donaldo Armelin

O Direito de Família no Projeto de Código Civil

Nelson Luiz Pinto

Direito Constitucional

A Impossibilidade de Prisão do Depositário Infiel, o Pacto de São José
e a Decisão do Supremo Tribunal Federal
Luiz Alberto David Araújo

O Futuro do Estado

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Direito Penal e Processual Penal

Liquidação, Execução e Interpretação da Sentença
Vicente Greco Filho

Direito Comercial

Aspectos Relevantes da Reforma da Lei 6.404/76, pela Recente Lei 9.457/97
Waldirio Bulgarelli

Direito Administrativo

Indenização Prévia na Desapropriação
Danilo Panizza Filho

Aspectos do Princípio da Moralidade e Sobre o Âmbito de sua Aplicação

Fernão Borba Franco

Direito Ambiental

Emissões Veiculares como Fontes de Poluição Atmosférica
Maria Adelaide de Campos França

Debate

Magistrados para o Terceiro Milênio
Francisco Carlos Inouye Shintake

O Velho Senado

Paulo Eduardo Razuk

A Democracia Representativa

Wanderley José Federighi

Escola da Magistratura – Cedes e Estágio

O Ano de Centro de Estudos

Edison Aparecido Brandão

Arbitragem – A Lei 9.037/96

Lílian Fernandes da Silva

Controle de Constitucionalidade

Tatiana Pereira Viana Santos

Memória do Judiciário Paulista

A Construção do Palácio da Justiça

Justino Magno Araújo

Quase Memória

A Voz do Coração

Sálvio de Figueiredo Teixeira

Caderno Literário

Serenata – Sebastião Carlos Garcia

Um breve Perfil – Paulo Bomfim

Django – Caio Gracchio Barreto Junior

Livros

Entrevista

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Presidente da Comissão de Reformulação do Código Penal

A legislação penal brasileira é considerada, por alguns juristas, uma das melhores do mundo. O senhor concorda? Outros a julgam ultrapassada. Por que?

A legislação brasileira, e fato no campo do Direito Penal, reflete fenômeno comum aos demais países. Busca refletir a melhor solução para os problemas nacionais. Ainda que não se faça comparação, acompanha as mudanças doutrinárias e se preocupa com fatos novos que devam ser combatidos. Um Código precisa ser sensível às mudanças políticas e sociais. Caso contrário, corre o risco de perder eficácia, ou seja, as normas não serem aplicadas, gerando soluções casuísticas. Uma legislação para ser boa e estável cumpre traduzir anseios da sociedade e concretizar a idéia de justiça, conferindo tratamento igual para todos.

A última reforma do Código Penal, feita em 1984, foi significativa? Quais os avanços da nova reforma em relação à de 84?

A reforma de 1984 foi restrita à parte geral do Código Penal; conferiu nova estrutura a alguns temas, aperfeiçoou tecnicamente o texto. Considero significativa a disciplina das penas. Buscou tornar dinâmica a aplicação da pena, criando formas alternativas, de que são exemplos as penas restritivas de direitos. Além disso, condicionou-as à necessidade. Esse aspecto ainda não recebeu o devido tratamento doutrinário e jurisprudencial. Precisa ser devidamente considerado. Tenho, por isso, como possível, o juiz deixar de aplicar a pena, se o caso concreto evidenciar desnecessidade, cuja aferição é feita segundo parâmetros sociais e individuais. Não se confunde com mera liberalidade.

O Brasil é um dos países com maior número de artigos penais (361) e, com a reforma, o Código passará a ter por volta de 400. Isso vai facilitar a aplicabilidade da Lei?

O número de artigos do Código Penal, por si mesmo, nada significa. Importa o tratamento normativo. E mais, a extensão da matéria tratada. O Código italiano é mais amplo. Mais de 600 artigos. O Código de Portugal tem 386 artigos. A reforma introduziu temas, até agora, objeto de lei especial: Crimes contra o Ordenamento Urbano, Contra o Sistema Tributário, Cambial e Aduaneiro e Contra o Estado Democrático.

O Brasil tem nove mil juízes para uma população de 160 milhões de habitantes. O que significa este quadro?

Sem dúvida, a relação numérica população/juiz é importante. Outra, entretanto, é a melhor solução. Cumpre simplificar a legislação sem sacrificar os direitos de garantia. A Lei 9.099/95 é um bom exemplo. Infelizmente, vem recebendo interpretação nem sempre coerente com sua estrutura, qual seja a informalidade para ensejar julgamento rápido.

Quais as mudanças mais relevantes propostas pela Comissão de Reformulação do Código?

Há várias. Algumas, sem dúvida, polêmica. Esse dado não deve impressionar. A lei é síntese política (no sentido de governar o Estado). As divergências resultam de colocações ideológicas. Exemplos; eutanásia, ortotanásia, aborto, assédio sexual, peculato de uso. E descriminalização de adultério, bigamia. Quanto a este aspecto, o Direito Penal não deve intervir quando a solução do fato encontra tratamento eficiente no setor jurídico próprio do instituto. Descriminalizar não significa, só por isso, tornar lícito o que é ilícito.

Como presidente da Comissão, houve propostas que o senhor gostaria que tivessem sido aprovados e não foram?

A Comissão desenvolveu os trabalhos de modo informal. Cada integrante pode opinar e votar à vontade. De um modo geral, estou de acordo com o texto. Gostaria de descriminalizar de modo mais amplo. A Comissão Revisora, sem dúvida, dará a palavra final.

Uma série de crimes não previstos na atual CP, de acordo com as propostas da Comissão, serão incluídos. Isso irá agravar a situação das prisões?

A Comissão está ciente desse fato. Sem dúvida, tormentoso. Costumo dizer; o Direito Penal não está em crise. A crise é da execução penal. Nessa linha, foi proposta reforma ao art. 44 do Código Penal, ampliando as hipóteses de substituição da pena gravativa da liberdade.

Qual a opinião do senhor sobre penas alternativas? Como elas estão sendo tratadas pela Comissão de Reformulação?

As penas alternativas constituem a via correta. Não acabará é certo, com a criminalidade. Todavia, evitará a superpopulação dos cárceres, obtendo, com isso resultados mais positivos. Como dito anteriormente, propõe-se modificação do art. 44 do atual Código.

E sobre a criminalidade infantil? A Comissão tem alguma proposta elaborada?

Penso se a pergunta se volta para a idade da imputabilidade penal, ou seja, a idade mínima para a pessoa cometer delitos. A Comissão não tratou do tema porque a Constituição da República no art. 288 determina que a imputabilidade começa aos 18 anos. Enquanto não for modificado, lei ordinária não poderá dispor diversamente.

Caso o código venha a ser aprovado com as propostas da Comissão ele será mais rígido que o anterior?

A eficácia de um Código não se mede pela rigidez das penas cominadas. Importante, daí a relevância da reforma, é ajustar a lei à sociedade e fazer que ela seja cumprida, a fim de não gerar a sensação de impunidade.

Em que medidas serão consideradas as sugestões vindas da população?

As sugestões da sociedade são muito importantes; por elas, extrai-se a crítica e se mede a aprovação, ou restrição às propostas. Funcionam como verdadeira tomada de opinião pública. Estão chegando em grande quantidade. Como sempre, alguns crimes chamam mais a atenção. Entidades de classe mostram-se interessadas e encaminharão propostas. Jamais a reforma penal foi tão comentada; a ampla divulgação dos trabalhos conferiu sentido democrático. Toda pessoa que diariamente acompanha o noticiário conhece os pontos principais da reforma.

Direito Civil e Processual Civil

Algumas Considerações sobre a Lei de Ação Civil Pública

Antonio Carlos Malheiros
Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Atento (e satisfeito) à crescente discussão doutrinária sobre a Lei 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública, denominada LACP, com ulteriores modificações pontuais – e rememorando meu voto (vencido) nos autos da apelação 589.944-7, onde se questionava a legitimidade ativa do Ministério Público, em sede de ação civil pública, no tocante à exoneração do pagamento de taxas municipais (onde a constitucionalidade do lançamento era, de fato, discutível), tocou-me que poderia trazer algum benefício, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, discorrer sobre o tema.

O art. 5º, da LACP, assevera a legitimação ativa, para a propositura da “ação principal e cautelar”, ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, às autarquias e às associações, com finalidades institucionais definidas, constituídas há pelo menos um ano. Os parágrafos, constantes neste artigo, ressaltam o papel do Ministério Público no regular desenvolvimento da ação, seja atuando como *custos legis*, se não intervier no processo como parte, seja assumindo a titularidade ativa, em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada.

E é justamente na interpretação deste artigo, combinado como o art. 1º, da mesma Lei, e seus incisos, que reside o maior número de divergência no meio jurídico.

Na verdade, a solução não se apresenta tão simples; daí a necessidade realmente da jurisprudência aparar as arestas e dos estudiosos enriquecerem sua exegese. Esta Lei é um pequeno trecho, do caminho da democracia participativa, que deve ser preservado e, quiçá, aprimorado, pois, no seu desiderato, vislumbra-se que aquilo que está efetivamente em questão são os interesses de toda a coletividade.

Reza o art. 1º, da Lei 7.347/85, *in verbis*.

“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I. Ao meio ambiente,
- II. Ao consumidor,
- III. A bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico,
- IV. A qualquer outro interesse difuso ou coletivo,
- V. Por infração da ordem econômica.”

Num exame perfunctório, fácil perceber que se trata de uma ação de responsabilidade, voltada para interesses que vão além do meramente individual. Não se trata, aqui, daquela visão clássica de responsabilidade, fundada na culpa, mas da responsabilidade objetiva, ou a do risco integral, onde é bastante a demonstração do nexos causal entre o dano, efetivo ou potencial, e a omissão ou o ato praticado. Nota-se, por exemplo, que, em se tratando de danos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural (art. 1º, III, da Lei 7.347/85), não há nem que se discutir a licitude ou ilicitude da atividade, mas sim a amplitude da lesão e o grau de prejuízo experimentado pela comunidade.

No Caminho da Modernidade

Mostra-se cristalina a tendência do Direito moderno em privilegiar o social e dar, gradativamente, autonomia ao interesse do coletivo. Os conceitos jurídicos, assim com as leis, devem, pois adequar-se à nova realidade observada, de molde a tornar efetivo os anseios mais profundos da sociedade.

Restrições doutrinárias e jurisprudência ainda perduram por não ser assim tão automático afastar-se da clássica divisão entre interesse público/interesse individual, herdada do jus naturalismo. Ademais, nosso ordenamento processual civil sempre seguiu a linha individualista, onde a proteção jurisdicional somente se verifica mediante a existência de um direito subjetivo violado ou resistido.

Mas (felizmente) não é menos verdade que o direito a uma vida melhor tem sido a tônica do momento. O art. 225, da CF, que trata do meio ambiente, eleva ao nível constitucional o direito “à sadia qualidade de vida”.

Édis Milaré¹, com sua singular capacidade, mostra-nos que o óbice à defesa dos direitos que estão acima dos meramente individuais, outrora consignado no art. 153, § 4º, da Constituição anterior (“a Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer ‘lesão de direito individual’”), não mais existe. “Um novo horizonte se descortinou para a disciplina da ação civil pública com o texto da nova Carta... Com efeito, logo no “Preâmbulo” a Constituição fala que o Estado democrático Brasileiro se destina a assegurar o exercício dos “direitos sociais e individuais”...e, em seu art. 5º, XXXV, vem expresso que “a Lei não excluirá da apreciação das violações do Poder Judiciário ‘lesão ou ameaça a direito’”. Com isso, procurou-se garantir o acesso ao Judiciário para apreciação das violações a interesses “transindividuais”. Nem se omitiu de garantir a faculdade de pedir a tutela do Judiciário também para “ameaça” de lesão.

Nesse passo, a LACP é uma conquista em termos de acesso à justiça, na medida em que visa tutelar os anseios e interesses mais profundos da sociedade (não se olvidando, entretanto, que interesse não é direito, é pretensão); foi a medida encontrada pelo legislador para tornar possível, dentro da nossa tradição jurídica, a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, vez que a LACP apresenta-se com caráter prevalentemente processual.

Constitucionalidade

Não se discute que a Lei em questão pode ser considerada recepcionada pela atual Constituição Federal; aliás, constata-se que ela vem de encontro com a modernidade da atual Carta Política, que, em vários artigos, ressalta o escopo protetivo à qualidade da vida humana, denotando um significativo avanço na busca de se fazer justiça aos interesses dos menos favorecidos, que são, em suma, os que mais necessitam de proteção.

A Constituição Federal, no seu art.129, III, institui que cabe aos membros do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.Tarefa não muito fácil, porém “revolucionária” e gratificante.

Não muito fácil, porque, dentro da sistemática tradicional de nosso Direito, hão que estar presentes as condições da ação; possibilidade jurídica, legitimidade e interesse.

“Revolucionária” e gratificante, porque não visa tutelar o direito individual subjetivo, mas o interesse que convém à coletividade como um todo, numa espécie de substituição processual.

Hugo Nigro Mazilli² sintetiza, num toque de mestre, esse sentir quando afirma que, sendo o interesse difuso, é sempre cabível a atuação do Ministério Público: já na defesa dos interesses coletivos ou dos individuais homogêneos, sua intervenção só poderá se dar “quando for manifesto o interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ainda que potencial” e pela “relevância do bem jurídico a ser defendido”.

Fica evidenciado, dentro da linha de raciocínio do citado autor, que o MP só poderá intentar ações coletivas quando versar sobre interesses que digam respeito à coletividade como um todo, e promover a defesa de interesses individuais somente quando indisponíveis ou de grande relevância social (como saúde, educação, segurança); tudo em perfeita consonância com o art. 127, *caput*, da CF, que enfatiza esse mister institucional do Ministério Público.

Delimitação de Interesses

Resta, então, observar como se evidenciam os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos no seio da coletividade.

Conceitualmente, o art. 81, do CDC (Lei 8078/90 - Código de Defesa do Consumidor) é um norte importante no desate ou, pelo menos, no encaminhamento da questão.

Interesses individuais homogêneos ocorrem quando uma lesão, detectada individualmente, homogeneiza-se com outras lesões, também individuais, dada uma situação fática comum, assemelhando-se, desse modo, a um interesse coletivo (*lato sensu*) pois relativo a um número disperso de pessoas.

São divisíveis, ou passíveis de individualização, mas por decorrerem de uma origem comum, induzem à propositura de ação coletiva (com base num pedido comum) para não ocorrerem decisões divergentes (ou, até mesmo, incongruentes), valendo-se da sempre saudável economia processual. E, nesse sentido, a LACP é suficiente para abarcar e racionalizar estas questões.

Interesses coletivos, em sentido estrito, apresentam natureza indivisível, porque respeitante a um grupo, categoria ou classe de pessoas conectadas por um vínculo jurídico básico. Evidente o vínculo associativo, onde os grupos funcionam como veículos para se alcançar o fim almejado e comum a todos

os componentes (há uma espécie de interesse pessoal do próprio grupo, baseado em estatutos ou finalidade institucional), relegando os interesses meramente individuais.

Interesses difusos são o “transindividuais”, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81. I, CDC).

Transindividuais, porque os titulares estão dispersos, espalhados, e cujo interesse transcende qualquer subjetivação.

Indivisível, por não comportar uma divisão cômoda da parcela que caberia a cada um dos inúmeros lesados.

Titulares indeterminados (ou de difícil determinação), posto que a lesão propaga-se no seio sociedade.

Ligadas por circunstâncias de fato, pois o que se leva em conta é a origem comum do evento, a situação fática, não havendo necessidade de ligação a qualquer vínculo jurídico.

Na verdade interesses difusos sempre existiram; é uma expressão que, inclusive, já era familiar entre os romanos. No entanto, seu destaque começou a ser erigido e evidenciado, concomitantemente, a partir do desenvolvimento econômico das sociedades modernas.

O emitente Professor Péricles Prade³, de modo didático, apresenta como características básicas dos interesses difusos; a) “ausência de vínculo associativo”; independe de prévio agrupamento; ausência ou desnecessidade) da *affectio societatis*”; b) “alcance de uma cadeia abstrata de pessoas”; relaciona-se a uma série indeterminada e aberta de indivíduos, dificultando (ou impossibilitando) individualizações”; c) “a potencial e abrangente conflituosidade”; advém do superdimensionamento do Estado, cuja atuação se entrelaça com as atividades empresariais, e do emprego da mais avançada tecnologia, gerando frustrações em determinados meios sociais, como, por exemplo, o desenvolvimento imediatista (a qualquer custo) em detrimento da ecologia”; d) “ocorrência de lesões disseminadas em massa”; a lesão propaga-se numa determinada coletividade, atingindo com seus efeitos ‘em massa’ uma série aberta de indivíduos. A lesão, portanto, é pouco circunscrita e tem natureza extensiva”; e) “vínculo fático entre os titulares dos interesses’ os interesses difusos se ‘apenas’ mediante vínculos ‘essencialmente fáticos’, por simples identidade de situações, e , não, por vínculo associativo ou ‘relação-base”’. (grifos, todos, do autor).

Zona de Indeterminação

Vê-se, de todo o exposto, que a temática do direito atual está voltada para o coletivo, mas diante da mutabilidade das necessidades do ser humano no decorrer do tempo, deparamo-nos inevitavelmente, com situações que flutuam numa zona de turbulência, onde não há como se caracterizar, precisamente, o interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo.

E é exatamente neste ponto que retomo meu voto, mencionado inicialmente.

Tratando-se de cobrança de taxa municipal (*in casu*, “taxas de limpeza pública e prevenção e extinção de incêndios”) certamente as economias individuais de cada membro da população serão afetadas, proporcionando um decréscimo (ou uma lesão) no patrimônio de cada um dos munícipes, em cujo nome o lançamento se efetivou.

Nesse sentido, encontramos-nos diante de um interesse individual homogêneo, decorrente de origem comum, e, se levarmos em conta a constitucionalidade discutível do tributo, merece ser tutelado. Por outro lado, interesses individuais, homogêneos, em sentido *lato*, não deixam de ter correspondência com interesses coletivos, quando elevado o grau de abrangência verificado.

Ao se navegar por essa “zona cinzenta” é que se requer uma atenção redobrada do Judiciário, perquirindo-se e relevância do interesse reclamado.

Tendo-se em mente que a índole da LACP é protetiva/preventiva, ela deverá ser instrumentalizada e analisada de molde a simplificar o alcance da tutela, e não criar-se obstáculos como o de determinar a

todos os prejudicados, que desejarem a reconstituição do interesse lesado, a propositura de uma avalanche de ações individuais encarecendo, e sobrecarregando ainda mais, a própria prestação jurisdicional.

Conclusão

Nota-se, então, visivelmente, que o bom-senso nas decisões é que deve prevalecer. Deve-se deixar de lado o apego excessivo ao tradicional.

Tratando-se de interesses voltados para a coletividade, faz-se necessário um pouco mais de “leveza processual”. Constatado o cabimento a ação civil pública, não será o melhor caminho para a justiça social “forçar a exegese” para não lhe dar guarida. A interpretação jurídica exige acuidade e certa flexibilidade, notadamente quando o interesse a ser tutelado é de inegável relevância para a sociedade.

Aos ilustres membros do Ministério Público é necessário comedimento. Não trará qualquer benefício para a LACP sua banalização. Ao contrário, estar-se-á implodindo um canal de suma importância na tutela dos anseios maiores da população. Nos repositórios de acórdão dos nossos Tribunais, encontramos, com facilidade, julgados de improvido a vários recursos, interpostos em ações coletivas, por ilegitimidade ad *causam*, verificando-se rigidez demasiada na interpretação da LACP, trazendo infeliz e conseqüentemente, menor eficiência aos resultados almejados pela Lei e desprestígio a um instituto tão nobre.

O Direito não é, e nem pode ser, estanque. No entanto, jamais poderá deixar de ser visto e discutido como ciência. Daí a necessidade da redobrada atenção, no trato da coisa jurídica, para não se cair no lugar comum, subdimensionando os institutos.

Meus agradecimentos ao dedicado acadêmico de Direito, da Faculdade Padre Anchieta/Jundiaí-SP, José Fernandes de Oliveira, escrevente em meu gabinete, na verdade co-autor deste artigo.

Notas e Referências Bibliográficas

1. MILARÉ, Édis, *in Ação Civil Pública*, Ed. RT, p. 242.
2. MAZZILLI, Hugo Nigro, *in A defesa dos Interesses Difusos em Juízos* Ed. Saraiva, pp. 47/49.
3. PADRE PÉRICLES, *in Conceito de Interesses Difusos*, Ed. RT, pp. 45/58.

Direito Civil e Processual Civil

Lei de Arbitragem: Injustiça e Ofensa à Constituição.

Antonio Raphael Silva Salvador
2º Vice Presidente da Apamagis

Temos procurado demonstrar como a chamada Lei de Arbitragem é falha, injusta e inconstitucional, ressaltando que é ela produto de luta dos empresários contra o Código de Defesa do Consumidor, que eles não conseguem aceitar e nem têm coragem de lutar pela sua revogação. Preferiram então obter uma lei que impedisse o uso do referido Código, fazendo constar do contrato celebrado que os problemas relativos a quaisquer conflitos de interesses surgidos no curso do negócio contratado seriam solucionados através de um árbitro, escolhido pelas partes e sem que o mesmo conflito de interesses pudesse ser levado ao Judiciário. Surgiu então, meio às escondidas, sem alarde, a Lei 9.307, de 23.09.96, com falhas gritantes, com inconstitucionalidades flagrantes. Nunca fomos contra a arbitragem, como está regulada no atual Código de Processo Civil, onde existe ela pela escolha das partes, mas tudo sob o controle do Judiciário, que poderá ou não homologar o laudo arbitral, que é feito por um árbitro. No juízo arbitral do Código de Processo Civil o juiz recebe o laudo feito pelo árbitro, mandando que as partes venham à sua presença, por ele são ouvidas e depois o homologa ou não. Surge uma sentença homologatória ou que nega a homologação, podendo as partes recorrer ao Tribunal

competente. Tanto se exige e é imprescindível a atuação do Judiciário, que o Código de Processo Civil diz que mesmo constando do compromisso que ele é sem “recurso”, tal cláusula não pode impedir o recurso ao Tribunal (art. 1.101 e seu parágrafo). Ainda será o juiz de delito quem examinará e decidirá sobre exceções de suspeição e de impedimento do árbitro. Também do juiz a concessão ou não de liminares e cautelares.

Já a Lei de Arbitragem faz com que tudo seja feito longe do Judiciário que não pode ser chamado a examinar o que a lei chama esdruxulamente de *sentença*, nem em forma de recurso e muito menos para homologá-la. Quem vai agora decidir sobre impedimento ou suspeição do árbitro? Quem vai decidir sobre cautelares?

A arbitragem do nosso Código de Processo Civil nada tem a esconder, é feita às claras e representa efetivamente a vontade das partes, que assim a manifestam ao juiz. Isto é, só busca a arbitragem quem realmente a entende interessante, capaz de solucionar o conflito de interesses com mais rapidez e através de um árbitro que é técnico no assunto que envolve o conflito. A arbitragem da Lei 9.307 impede que o contratante prejudicado busque o Judiciário, como se isso fosse possível.

Há evidente inconstitucionalidade no art. 18 da Lei de Arbitragem, quando diz que “O árbitro é *juiz* de fato e de *direito*, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.” Portanto, juiz de direito não é mais apenas o integrante do Poder Judiciário, mas também todos aqueles que forem escolhidos como árbitros pelas partes, nem mesmo se exigindo que sejam eles bacharéis em Direito. Para ser, segundo essa lei, um juiz “de fato e de direito”, basta que seja pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, como diz o seu art.13. Se os árbitros forem mais de um, o mais idoso será o “presidente do tribunal”, como diz o § 4º do artigo citado.

Agora, ao lado dos juízes que conseguiram ingressar no Poder Judiciário por concurso e dos nomeados para os tribunais pelo quinto constitucional, serão juízes até quem não é formado em Direito, mas apenas porque goza da confiança das partes. Num acidente de veículos poderá “sentença” um simples mecânico ou funileiro. Um construtor ou bancário decidirão lides com força de coisa julgada. A atividade jurisdicional deixa de ser privativa do Poder Judiciário.

O que dizer-se então da proibição a que uma das partes, ao se sentir injustiçada ou prejudicada pelo árbitro, ou então não mais concorde com aquele que o contrato escolheu, possa vir reclamar ao Judiciário? Onde fica a proteção constitucional do direito de ação? O mestre Pontes de Miranda, comentando o art. 150 da Constituição de 1967, como lembrado com propriedade por Arruda Alvim, em seu precioso *Tratado de Direito Processual Civil*, ed. RT, 1990, p. 181, afirma que prescrevendo a lei que não poderá ser excluída do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, quer isso significar que “os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica poderão editar, que estabeleça preclusão em nosso processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição pelo Poder Judiciário (coisa julgada e cognição), se a *res deducta* é direito individual ou não. Mais adiante diz que o alcance da regra é enorme e, vulgarmente, dir-se-ia que significa que “a última palavra tem-na Justiça”.

Ainda de Arruda Alvim e afirmativa de que “a expressão utilizada de que a jurisdição é exercida pelos juízes, é consoante com o sentido do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, traduzindo-se essa exigência constitucional do princípio constitucional do juiz natural, na lei processual civil ordinária, pela expressão *juízes*.” Termina o eminente jurista por dizer: “Isto quer dizer que nenhuma lesão ou mera ameaça de lesão de direito individual ou não, pode ser por lei infraconstitucional do conhecimento do Poder Judiciário: decorre disto, necessariamente, que a jurisdição é aquela que é exercida por juízes de direito, dos diversos graus de jurisdição existentes e com as garantias constitucionais da magistratura” (ob. cit. P. 155).

Em formoso trabalho que encontramos no Caderno de Doutrina da Tribuna da Magistratura, jan/fev-97, p. 115, o juiz de direito de São Paulo Fábio Henrique Podestá mostra que mesmo antes da vigência da nova lei de arbitragem, já se discutia a constitucionalidade do juízo arbitral, ainda que dele participasse o Poder Judiciário em muitos pontos. Diz o ilustre Juiz: “Pela linha da inconstitucionalidade, Alcides de Mendonça Lima, em posição conhecida, afirmava que o juízo arbitral excluía da apreciação daquele Poder lesão a direito, violando assim a norma do art. 150, § 4º da CF de 1967, pois se as partes solucionam amigavelmente um conflito, não está havendo apreciação alguma, mas mero e

louvável acordo. Desde, porém, que há necessidade de *apreciação*, isto é, conhecimento e julgamento, o Poder Judiciário tem a prerrogativa de interferir desde o início, em nome de sua soberania, para maior garantia da aplicação de normas de direito objetivo pertinentes ao caso e para maior proteção dos direitos subjetivos das partes” Mostra ainda o Podestá que continua sendo essa a posição do mestre Mendonça Lima, diante da norma constitucional vigente (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Temos verificado que mesmo evidente a exclusividade da jurisdição pelo Poder Judiciário, algumas vezes pessoas com poder de legislar tentam partilhar a jurisdição com outros órgãos administrativos ou outros que não são juízes, sob os mais diferentes pretextos, mas tudo mascarado por afirmativas de que estão procurando tornar mais ágil a solução dos conflitos interesses. Já tivemos uma luta imensa para afastar a pretendida necessidade de esgotamento da via administrativa da Previdência Social para só então ser possível o recurso ao Judiciário, como ainda a todo instante voltam diretores de clubes de futebol insistir em que os julgamentos da chamada justiça esportiva sejam finais e sem qualquer reexame pelo Poder Judiciário.

Vimos ainda na nova lei dos Juizados Especiais a criação da figura do juiz leigo, que pode até dar sentença nos casos onde dirigiu a instrução, mas dizendo o legislador com astúcia que sua sentença será submetida à homologação pelo juiz de direito titular do Juizado. Cria-se o juiz leigo, para amanhã se dar a ele a partilha da jurisdição.

Mas o pior veio com a Lei de Arbitragem, estabelecendo que a solução dada pelo árbitro à lide não pode ser examinada e conhecida pelo Poder Judiciário, nem em grau de recurso e nem para eventual homologação. Agora as partes podem escolher livremente o julgador, o árbitro, que será um juiz de fato e de direito e que pode decidir inclusive quais as regras de direito que irá escolher para o julgamento (art. 2º, § 1). E tudo com força de coisa julgada material!

Alguns dizem, desavisadamente, que não há mal nisso, pois a escolha foi das partes. Acontece, porém, que essa escolha não é igualmente livre para os contratantes, pois já dizia Lacordaire que nas relações entre o fraco e o forte é a lei que liberta e a liberdade que oprime. Para o ilustre juiz Fábio Henrique Podestá a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, dizendo mais que “a realização da justiça pode ser praticada por qualquer particular, desde que se refira a direitos patrimoniais, com preservação dos bons costumes e da ordem pública”. Diz mais: “Se a jurisdição fosse mesmo monopólio do Poder Judiciário, como explicar a hipótese prevista na Constituição Federal segundo a qual o Senado Federal tem competência para julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I)?”

Não concordamos com o ilustre colega, com maior respeito. Os particulares podem realizar a justiça se estiverem em autocomposição ou abrindo mão de seus direitos, mas jamais procurar realizar a justiça própria em conflito de interesses, quando sua pretensão é resistida. Só a busca ao Judiciário poderá realizar a composição desse conflito. Quanto ao art. 52, I, da CF, trata-se de exceção constitucional e se é a Constituição que dá ao Judiciário a exclusividade da jurisdição, a exclusividade da jurisdição, tem a liberdade de estabelecer exceções e ressalvas, pois pode estabelecer limites à jurisdição. A Constituição tudo pode, mas jamais o legislador ordinário terá força capaz de limitar ou partilhar a jurisdição constitucional.

Quem será capaz de acreditar que aquele que precisar terrivelmente de um empréstimo bancário, poderá deixar de aceitar o sistema de arbitragem, se o banco insistir que só assim fará o empréstimo e que os demais bancos agirão da mesma forma? Será que o pobre e ignorante que busca uma imobiliária para adquirir um terreninho na periferia terá condições de apreciar o contrato e a cláusula que submete apenas à arbitragem a discussão que possa surgir em razão do compromisso? E se ele sentir a injustiça que está sofrendo, não pode vir ao Judiciário para discutir o seu direito? Onde fica a proteção do art. 5º, XXXV, da CF.

Um outro absurdo, do mesmo tamanho, está no art. 31 e da lei 9.307, de 1966, quando cria a coisa julgada arbitral, dizendo textualmente que: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Façamos uma rápida seqüência desses absurdos criados pelo legislador ordinário: não temos laudo arbitral, mas sim sentença. Sentença que poderá ser declaratória, constitutiva ou condenatória, pois só esta, diz a lei, constitui título executivo judicial. Dizendo a lei de arbitragem que quando a sentença for condenatória ensejará execução, evidentemente está admitindo outros tipos de sentenças pelo árbitro. Fala ainda em execução judicial, pois tem os mesmos efeitos da sentença condenatória proferida pelo Poder Judiciário. Teremos criado uma Justiça nova, com poder de proferir sentença que tem efeito de coisa julgada, não podendo essa “sentença” ser revista ou homologada pelo Judiciário.

Nem se diga que já temos no atual Código de Processo Civil o instituto do juízo arbitral pela escolha das partes e que, assim, nada está sendo inovado. A verdade é que são duas situações completamente diferentes: hoje o chamado juízo arbitral não tem juiz tirado de fora do Judiciário, como não existe sentença imutável proferida pelo árbitro e a coisa julgada só será encontrada após a homologação pelo Judiciário, quando então haverá título executivo judicial. Agora ficará o juiz de direito obrigado a executar uma sentença do árbitro, por mais absurda que ela seja. E os embargos estarão restritos às hipóteses do art. 741 do CPC, mesmo que a tal sentença tenha com fundamento único a equidade.

Ao se referir à solução dos conflitos de interesses por terceiros, mostra bem o mestre Arruda Alvim que muitas vezes a solução se faz fora do processo, amigavelmente e outras vezes através do juízo arbitral, de livre escolha das partes. Mas adverte com propriedade: “O Juízo arbitral, onde há a intervenção de terceiros, não é exercício da função jurisdicional”. O terceiro a quem se recorre, na atividade jurisdicional, deverá ser um órgão integrante do Poder Judiciário (v. CF/88, arts. 92 e ss. c/c art. 5º, XXXV e XXXVII).”(ob. cit. P. 61).

Temos muito receio do que pode vir deste juízo arbitral, que evita o Judiciário, pois diz o art. 1º. Da Lei 9.307, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Será que os árbitros que irão sentenciar, conforme escolha constante do contrato, admitirão que até contrato de trabalho poderá ser solucionado, em seus problemas, pela lei de arbitragem, fugindo da Justiça do Trabalho? Será que os empresários irão exigir dos novos contratados, que precisam do emprego, que aceitem a lei de arbitragem como a que vai solucionar os conflitos de interesses? Até onde chegarão as arbitragens? A compra de um bem de consumo, em negócio celebrado por maiores e capazes, não mais se submeterá ao Código do Consumidor? E se o árbitro entender que não?

A exigência de que a cláusula de escolha da arbitragem de verá constar por escrito, em negrito ou de documento separado, poderá ser facilmente contornada, não sendo ela difícil para o empresário.

Temos procurando chamar a atenção para todas estas tentativas de diminuição do Judiciário, da sua exclusividade da Jurisdição, pois sem o Judiciário quem mais perde o jurisdicional do pobre, humilde, sem condições de enfrentar a estrutura do outro contratante mais forte. Quanto mais cair o Judiciário, mais sofrerá o jurisdicionado que a ele precisa recorrer.

Temos dito que a lei de arbitragem é injusta e inconstitucional e não pode prevalecer, devendo os juízes afastá-la especialmente no que se refere aos artigos 18 e 31, conhecendo do conflito de interesses a eles trazidos, negando-se a executar sentença que não seja por eles homologada, para se tornar título executivo.

Só assim poderemos dizer, alto e em bom som, que a Lei 9.307, de 23.09.96, não pode revogar um Poder da República, aquele que tem a exclusividade da atividade jurisdicional não objeto de exceção constitucional, nem revogar o art. 5º, XXXV, da CF, que garante o direito de ação diretamente ao Judiciário em qualquer ofensa a direito individual ou não, para que fiquem os pobres contratantes livres de coação em contratos com poderosos, como bancos, consórcios, prestadores de serviços médicos, imobiliárias e outros iguais, vindo reclamar ao Judiciário das ofensas sofridas ao seu direito.

Se a arbitragem for boa e interessar às partes, servirá para que eles a usem nos seus conflitos de interesses. Mas quando alguém se sentir prejudicado no negócio, quando sentir que seu direito foi violado, ninguém pode, mas ninguém mesmo, impedir que exija a proteção constitucional de procurar o Judiciário para discutir aquela ofensa que entende ter havido ao seu direito.

Direito Civil e Processual Civil

A Evolução do Direito de Família e as Expectativas para o Futuro*

Benedito Silvério Ribeiro
Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

O Brasil foi descoberto pelos portugueses em 1500 e ficou sob o jugo de Portugal, quase que continuamente (exceto de 1580 a 1640, período que pertenceu à Espanha), até a data da proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889. A legislação reinol perdurou em grande parte, até a promulgação do Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, contendo preceitos rígidos no campo do Direito de Família.

Como óbvio, tal como ocorreu com o Código Civil Francês, sofreu o nosso Código mudanças ao longo do tempo, adaptando-se à realidade dos fatos e às necessidades sociais. A Constituição Imperial de 1824 instituiu como oficial a religião Católica Apostólica Romana, embora permitindo outros cultos. A família era, então, constituída pelo casamento religioso. Com o advento da República, secularizou-se o casamento, que passou a ser civil, através do Dec. 181, de 24 de janeiro de 1891. A Constituição Republicana desse mesmo ano reconheceu validade tão-só ao casamento civil. As Constituições subseqüentes foram promulgadas em 1934, 1937, 1946 e 1967 (esta última emendada em 1969), dispondo todas elas que a família era constituída pelo casamento com vínculo indissolúvel e merecendo proteção do Estado.

O divórcio, rompendo o vínculo da indissolubilidade do casamento, foi instituído através de Emenda Constitucional de 1977. O legislador constituinte de 1946 reafirmou forma de legitimar os casamentos religiosos, dando-lhes efeitos civis, muito embora já tivesse a Lei 379, de 1937, regulamentado o casamento religioso para que gerasse efeitos civis, uma vez atendidas as formalidades nela estabelecidas. Mais tarde, sobreveio a Lei 1.110, de 1950, que institui processo de habilitação idêntico ao exigido para o casamento civil.

Assim, aquelas pessoas que tivessem se casado apenas na igreja, supondo-se matrimonizadas de forma válida e legal, não o foram, vivendo, todavia, em amasia ou concubinato, com graves conseqüências e prejuízo (não participação na meação dos bens e na pensão previdenciária e sem direito a alimentos).

No que tange à mulher, como o Código Civil Brasileiro entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, não teve o legislador oportunidade de sentir ou viver as grandes transformações sociais, como a revolução industrial anterior mesmo a I Guerra Mundial, permitindo às mulheres o trabalho em fábricas e, conseqüentemente, fora do lar. As leis restringiam a capacidade feminina, uma vez que consideravam as mulheres relativamente incapazes, já que não podiam trabalhar fora de casa ou exercer atos de comércio sem autorização do marido. De igual modo, não podiam administrar os bens do casal ou exercer o pátrio poder e ainda não podiam propor queixa-crime sem o consentimento marital.

Somente em 1962 teve início a transformação de razoável vulto através do chamado Estatuto da Mulher Casada. O marido, que era chefe exclusivo da sociedade conjugal, passou a ter a mulher como colaboradora, no interesse comum do casal e dos filhos. Como companheira ou consoante, colaboradora dos encargos da família, coube-lhe velar pela direção material e moral desta. À mulher que exercesse profissão lucrativa e distinta da do marido, conferiu a lei o direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, tendo permitido que o produto de seu trabalho e os bens com ele adquiridos, nada estipulado de forma diversa em pacto antenupcial, constituíam bens reservados, dos quais poderia dispor livremente.

Com relação ao pátrio poder, durante o casamento, fixou-se competir aos pais, exercendo-o com exclusividade. Havendo divergência quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência. Hoje compete aos pais, em conjunto, o exercício do pátrio poder, cabendo, no caso de divergência, recorrer ao juiz.

No campo da filiação extramatrimonial, o Código Civil punia os inocentes, quando os pais, ligados pelos vínculos do casamento, geravam filhos fora do matrimônio. Proibia o preceito do art. 358 que os

filhos incestuosos e os adúlteros pudessem ser reconhecidos. A idéia inicial contida no anteprojeto era de não punir os filhos espúrios pela falta cometida pelos pais, pois, segundo Clóvis Beviláqua, seu autor, a indignidade está no fato do incesto e do adultério, procedendo a lei como se ela estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.

A Carta de 1937 iniciou alguma evolução, admitindo no seu art. 126 a existência de filho havido fora do casamento. Permitiu o Dec.-Lei 4.737, de 1942, que o filho havido pelo cônjuge fora do casamento podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declarasse a sua filiação. Daí a interpretação extensiva de nossos Pretórios equiparando a morte ao desquite para essa finalidade.

A Lei 883, de 1949, estabeleceu que o filho ilegítimo, isto é, não nascido do casamento, não podia ser reconhecido enquanto subsistente a sociedade conjugal de seu pai, facultando-lhe apenas pleitear alimentos, uma vez comprovada a filiação. A Lei 6.515, de 1977, denominada Lei do Divórcio, acrescentou parágrafo ao art. 4º da Lei 883, permitindo que dissolvida a sociedade conjugal do que fora condenado a prestar alimentos, aquele que os obteve não precisaria propor ação de investigação para ser reconhecido, competindo aos interessados o direito de impugnar a filiação.

Assim, enquanto casado o genitor, não se permitia ao filho ilegítimo buscar o reconhecimento de sua paternidade e inscrevê-la no registro civil, exceto se viesse a ser dissolvida a sociedade conjugal. A mesma Lei do Divórcio veio a permitir o reconhecimento através de testamento cerrado, o que veio reiterar a lei 7.250, de 1984, que previu investigar a paternidade quanto a pai casado, mas separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

A Constituição Federal de 1988 abrigou o princípio da igualdade jurídica dos filhos, permitindo, por conseguinte, ação investigatória da paternidade contra pai casado, qualquer que fosse o tipo de filiação. O art. 358 do Código Civil foi revogado tacitamente pela Carta Magna, muito embora já viesse tramitando anteprojeto de Lei, desde antes da Constituição de 1988 e que resultou na Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, que retirou as restrições ao reconhecimento coativo da paternidade com relação à pessoa casada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) possibilitou ao filho o exercício do reconhecimento da filiação contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição. Os filhos ilegítimos, aqueles não provenientes do casamento, eram classificados como naturais (cujos pais não se achavam impedidos para o matrimônio) e espúrios (com impedimentos), desdobrando-se estes últimos em adúlteros (filhos de pessoas casadas) e incestuosos (cujos pais são parentes ou afins próximos).

No que tange a direitos do filho adúltero, não os tinha este, pois só em 1949 (art. 2º da Lei 883), a título de amparo legal, passou a ter direito à metade de herança que viesse a receber o filho ilegítimo ou legitimado. Dessa forma, concorrendo com irmãos unilaterais ou legitimados, somente tinha metade, recebendo-a toda, se fosse o único da classe dos descendentes. A Lei do Divórcio, de 1977, veio a fixar que o direito de herança seria reconhecido em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação. Sem discriminações, pois, no âmbito sucessório a partir daí, o que até dispensava a norma constitucional de 1988.

Quanto ao filho incestuoso, havia divisão de entendimento no referente ao direito de suceder, com tendência jurisprudencial recognitiva de sua capacidade para tanto, a partir da Lei do Divórcio, não subsistindo dúvida alguma a contar da Constituição Federal, que consagrou no § 6º do art. 27 a igualdade de filiação.

A Lei 8.560, de 1992, veio a permitir formas diversas de reconhecimento da paternidade: no registro de nascimento, por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, por testamento, ainda que incidentalmente manifestado, e pó manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Previu ainda esses diplomas legal forma de procedimento registral, quando apenas estabelecida a maternidade. O suposto pai é intimado pelo Oficial do Registro Civil, para dizer se concorda em reconhecer a paternidade, cabendo ao segundo a remessa do expediente, com os dados indicados na lei ao juiz competente, que tomará providências visando à efetivação do registro. Resultando negativas as tentativas para o reconhecimento, o caminho será ação judicial contenciosa.

Outro ponto injusto dizia respeito ao filho adotivo. Sempre herdou, não existindo prole. Todavia, se já houvesse, quando da adoção, filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecido, nada herdava. Também não herdava, se viesse a nascer filho legítimo após a adoção. Em 1957, através da Lei 3.133, passou o adotivo a herdar, em havendo filhos supervenientes à adoção, com direito à metade da cota hereditária que à aqueles tocasse. Mas, com prole anterior, nada lhe restava na herança.

Com a Lei do Divórcio foi o adotivo igualado na sucessão hereditária. De sinalar, contudo, que pairavam opiniões no sentido contrário, o que foi superado pela jurisprudência, não persistindo qualquer dúvida depois da prescrição constitucional.

Ponto que forneceu margem a infundáveis e acaloradas discussões no campo do Direito de Família diz respeito ao concubinato, que significa a convivência de homem com mulher por tempo determinado e que vem gerar conseqüências na órbita jurídica. O Código Civil do começo do século, pois é de 1917, dedicava verdadeira aversão à concubina, declarando anulável doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 1177) e proibia o seguro de vida a favor de quem estiver inibido de receber a doação do segurado (art. 1474) e o legado à concubina do testador casado (art. 1719, III).

O concubinato, tanto ojerizado pelo legislador civil, foi considerado do art. 363, inciso I, em que se permitiu a ação de reconhecimento da filiação contra os pais, ou seus herdeiros, se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai. Os Tribunais pátrios defrontam-se com uma realidade evidente: Uma enormidade de pessoas vivia à margem da lei, com famílias constituídas, mas fora dos laços do matrimônio. Em muitos casos eram construídas fortunas, muitas vezes despontando como fundamental o trabalho da mulher.

No entanto, com os bens em nome do varão e findo o convívio amoroso, em muitos casos, sem nada restar para a mulher, sobrava-lhe, com opção, propor ação contra o ex-companheiro, com fundamento na existência de sociedade de fato entre duas pessoas, visando a sua dissolução e a conseqüente partilha dos bens conseguidos pelo esforço comum. De um lado, estaria presente o enriquecimento ilícito com o produto do trabalho alheio e de outro o empobrecimento de quem trabalhou. Não se via a questão sob o ângulo estrito do direito familiar, mas sim obrigacional, comercial.

Os Tribunais distinguiam aquelas situações de pessoas casadas e que conviviam com a verdadeira família, objeto de casamento, mostrando-se o envolvimento do varão com outra mulher como adúlterino ou impuro, sem relevância para produzir efeitos no campo do direito, daquelas em que a convivência se afigurava como de pessoas casadas. Posteriormente, fixaram os Tribunais jurisprudência reconhecendo que a pessoa, mesmo casada, mas separada de fato há tempo, podia pleitear direitos visando à repartição do patrimônio amealhado com o trabalho proveniente do esforço comum. Essa convivência devia ter a forma de casamento, isto é, como se fossem os conviventes ou companheiros casados – *more uxorio*, para usar a expressão romana que alberga tal significado.

O termo concubinato encontra origem no latim: *cubo* vem do verbo *cupare* (*cubo, cubas, cubui, cubitum, cupare*), estar deitado na cama, que, antecedido da conjunção adverbial *cum*, ostenta o significado de estar deitado ou na cama com alguém. A convivência do mundialmente conhecido maestro Villa Lobos com D. Arminda Neves d'Almeida, chamada por Madame Villa Lobos, levou a Justiça a deferir o acréscimo do sobrenome do compositor, que era desquitado, àquela com quem viveu por longos anos, passando a se chamar Arminda d'Almeida Villa Lobos.

Só depois, em 1975, foi acrescido parágrafo ao art. 57 da Lei de Registros Públicos, permitindo a averbação do sobrenome do concubino no registro civil. O uso do sobrenome do varão só era permitindo com o casamento, cujo vínculo era indissolúvel no desquite, cabendo ressaltar, mais uma vez, que tão-somente em 1977 foi introduzido o divórcio no Brasil. As leis previdenciárias passaram a conferir direito à concubina que vivesse há mais de cinco anos com homem desimpedido ou mesmo separado da legítima mulher há tempos. Hoje não mais detém a palavra concubinato o significado pejorativo de amasia amasiamento ou abarregamento.

A Constituição vigente levou em conta a existência da família de fato, aquela formada à margem do matrimônio, que não tinha proteção do poder público, elevando-a ao mesmo nível da família formada

pelo casamento. Eis o dispositivo constitucional: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 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. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

A família constitui-se hoje no Brasil pelo casamento civil, pelo religioso, com efeito civil, pela união estável ente homem e mulher, como entidade familiar, e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O termo concubinato, sinônimo de convivência, companheirismo, foi modificado para união estável, por vontade do legislador constitucional.

Em 1994 e 1996 foram promulgadas leis conferindo direitos no âmbito familiar e sucessório a quem esteja ou tenha estado unido de forma estável com pessoa de sexo diferente e cujo objetivo seja voltado à formação de família, entre eles, alimentos, herança, usufruto e habitação.

Há em trâmite no Congresso Nacional uma terceira lei, mais completa e que deverá revogar as duas anteriores, autorizando o registro de contratos, para resguardo dos direitos de terceiros, impondo requisitos como tempo, direitos e deveres para cada um dos conviventes e facilitando a conversão em casamento das uniões estáveis.

Finalmente, há dois pontos que merecem destaque. Um diz respeito à pretensão dos grupos minoritários (homossexuais, lésbicas e bissexuais), para que se assegure as pessoas do mesmo sexo o reconhecimento da união civil, visando à proteção dos direitos à propriedade, sucessão, pensão e dependência previdenciária. Há projeto em andamento desde 1995, que, todavia, vem encontrando resistência e objeções, não só dos setores mais tradicionais da sociedade brasileira, especialmente no que toca à Igreja Católica, como também da população, notadamente, das pessoas mais antigas, criadas dentro de um regime essencialmente familiar, mas ainda de um grande número de legisladores, sobretudo daqueles representantes dos Estados de Norte e Nordeste do país.

O outro ponto é o referente ao transexualismo, que não conta ainda com lei que possa dar solução a conflitos de minorias sociais. Entretanto, são muitos os casos que vão ter aos pretórios, buscando modificação do registro civil. As hipóteses de hermafroditas, em que a definição do sexo acontece de hermafroditas, em que a definição do sexo acontece posteriormente à lavratura do assento de nascimento, são solucionadas quando a pessoa se identifica com sexo diferente daquele contido no registro civil.

O procedimento é contencioso, afeto ao juízo da Família, por dizer respeito ao estado da pessoa. Os Tribunais pátrios não autorizam mudança de sexo para pessoas que se submetem a operação plástica para retirada de órgãos sexuais (falo, escroto, testículos) e buscam mudança de nome e sexo contrário. O entendimento, em caso envolvendo pessoa conhecida no meio artístico, foi o que a cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo, constituindo a questão problema inafastável de engenharia genética, prevalecendo o sexo natural ao psicológico. Segundo ficou assentado, sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase de gestação.

O transexual não é homossexual. Detecta ser confundido com este e não busca o relacionamento com pessoas do mesmo sexo. O Dr. Paul Walker, em seu livro *Transexualism, v. Sex and life circle*, ed. 1966. N. York, define o transexualismo como uma inversão de identidade psicossocial, que conduz a uma neurose racional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual-integral. Diz o professor americano Paul Money que o transexualismo constitui um distúrbio de identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta, com persistente e constante convicção, do desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Fala o Dr. Charles Ihlenfeld que no transexualismo o indivíduo sente que nasce com o corpo errado.

Os travestis podem levar vida dupla, distinguindo-se dos transexuais. Aqueles não têm o desejo compulsivo de reversão sexual e ostentam comportamento mais feminino, Não há lei no Brasil para a modificação buscada do sexo pelos transexuais, constando regulamentação em alguns estados do Canadá e Estados Unidos, Suécia, Alemanha, Holanda, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Bélgica, Luxemburgo, Turquia, Portugal, Peru e França.

Em suma, as transformações no campo do Direito de Família vieram com retardamento e constituíram exigência dos tempos, carecendo o Brasil de maior evolução, havendo projetos em andamento, mas que seguem com bastante vagar. Entretanto, o trabalho que está sendo desenvolvido representa antes de tudo um amálgama das experiências por que têm passado os países mais desenvolvidos, que nos últimos tempos utilizaram-se de maiores recursos financeiros e dedicação dos doutos na solução dos angustiantes problemas que a todos tem afligido.

*Palestra proferida no ciclo de conferências Brasil-França, organizado em comemoração aos 30 anos do TACRIM-SP, em convênio com a Apamagis, Universidade d'Angers, Tribunal de Justiça d'Angers e a Procuradoria-Geral da República junto ao Tribunal de Justiça d'Angers, realizado entre 2 a 4 de julho de 1997, com o tema *Le droit de la famille ou Brésil at sés attentes*. Participaram: des. Antonio Carlos Viana Santos (*La possibilité d'un Tribunal de Justice du Mercosur et l'universalité de la juridiction*); e juiz Antonio Rulli Júnior (*Structure et organisation judiciaire au Brésil et universalité de la juridiction*).

Direito Civil e Processual Civil

Inovações do Projeto de Código Civil

Carlos Roberto Gonçalves
Juiz Presidente do 1º Tribunal de Alçada Civil

Depois de 22 anos de tramitação, o Projeto do novo Código Civil brasileiro foi aprovado no Senado em novembro do ano passado, com diversas emendas, sendo remetido à Câmara Federal para que sejam aprovadas ou rejeitadas. Muitas delas apenas atualizam o texto, adaptando-o à atual Constituição Federal e recentes leis ordinárias, ou aprimoram a redação. Por tal razão, espera-se rápida tramitação e sejam prejudicados pelo calendário eleitoral.

O perfil do novo diploma é o de um *codex* conservador. A atual Constituição Federal e algumas leis ordinárias, especialmente no âmbito do Direito de Família, adiantaram-se no campo das inovações, às quais procura adaptar-se, por meio das referidas emendas. Apesar da proclamada visão progressista, o longo tempo de sua elaboração tornou-o ultrapassado em muitos pontos. Várias inovações anunciadas não passam do direito vigente. As realmente existentes não são em grande número, como se esperava. Procuraremos, neste breve comentário, destacar as mais relevantes.

Parte Geral

O Projeto mantém a Parte Geral, idealizada por Teixeira de Freitas, e reestrutura a Parte Especial. Começa pelo Direito das Obrigações, tratando longamente dos contratos, distinguindo as obrigações civis das empresarias (expressão mais ampla do que obrigações comerciais). Trata, em seguida, do direito de empresa, que não figura em nenhuma outra codificação contemporânea. Como o Código Comercial tornou-se obsoleto, sendo todas as relações contratuais solucionadas, hoje, com base no Código Civil, o projeto consolida e unifica o Direito das Obrigações. Após, vem o Direito das Coisas, com destaque para a função social da propriedade, seguindo-se o Direito de Família e o das Sucessões.

Ao iniciar a Parte Geral o novo código já demonstra preocupação em atender ao princípio constitucional de igualdade de direitos entre o homem e a mulher, substituindo a expressão "todo homem" por "todo ser humano", como capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 1º). A modificação não se fazia necessária e nem constava do Projeto de lei 634-B, de 1975, pois no aludido dispositivo, em bom português, o vocábulo "homem" abrange toda pessoa, de sexo masculino ou feminino.

A importante inovação constante da Parte Geral consistiu na redução do limite da menoridade, 21 para 18 anos completos. Em conseqüência, a *emancipação* poderá ser concedida, pelos pais, ao menor que completar 16 anos. Já a Lei dos Registros Públicos havia modificado o Código Civil, afirmando que a concessão seria feita por ambos os pais e, não, somente pelo pai e, na sua falta, pela mãe. Ao

antecipar a maioridade para os 18 anos, o novo código procurou atender às circunstâncias da vida contemporânea, como os modernos meios de comunicação, incluindo-se os recursos da informática, que conduzem a um amadurecimento precoce dos jovens. Ademais, esse limite de idade já é reconhecido para outros fins, como a obtenção de carteira de motorista. Antes disso, já aos 16 podem participar da vida política do país, como eleitores.

Tal alteração tem, porém, o seu preço. É que o código atual contém um sistema de proteção dos incapazes, até que completem 21 anos de idade. A redução da idade, além de imprimir responsabilidades a pessoas que se encontram ainda na adolescência, os privará da referida proteção. O Ministério Público, por exemplo, já não intervirá nas ações que envolvam interesses de menores de 21 anos, que já completaram 18, na condição de curador de incapazes. Cessará para estes, também, nessa idade, em regra, o direito de continuar recebendo pensão alimentícia.

Um reflexo preocupante desse rebaixamento do limite da menoridade ocorrerá na responsabilidade civil dos pais e tutores pelos atos dos filhos e tutelados menores de 21 anos, estabelecida no atual código (art. 1.521, I e II). Deixará ela de existir, privando as vítimas de acidentes de trânsito, e de danos de outra espécie, da possibilidade de receberem a devida reparação, visto que os pais e tutores estarão exonerados, e dificilmente os jovens de 18 anos terão patrimônio suficiente para responder pelo ato ilícito praticado.

O novo código dedica um capítulo autônomo aos *direitos da personalidade*, constituindo tal fato uma novidade louvável.

Entretanto, mostrou-se tímido na regulamentação de matéria tão relevante para o novo século que se avizinha, limitando-se a apenas onze artigos. No capítulo dos fatos jurídicos foi introduzida a noção de *negócio jurídico*, cuja teoria já era aceita de há muita pela doutrina brasileira. A *reserva mental* foi tratada em um único dispositivo (art. 110). Foram disciplinados, ainda, como defeitos do negócio jurídico, o *estado de perigo* e a *lesão*.

Esta última já vinha sendo aplicada no direito brasileiro, com base na Lei da Economia Popular e no Código de Defesa do Consumidor não tendo sido introduzida nenhuma novidade.

Previu-se apenas a possibilidade de se sanado o defeito, demonstrando-se, assim, ser anulável, e não nulo, o ato. Ocorre a *lesão*, segundo o novo diploma, quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. E configura-se o *estado de perigo* quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. É o caso da pessoa que está-se afogando e concorda em entregar todo o seu patrimônio a quem se propõe, condicionalmente, a salvar-lhe a vida.

A tormentosa diferenciação dos prazos *prescricionais* e *decadenciais* foi solucionada mediante a adoção do critério vigente no direito italiano. Os primeiros são enumerados no capítulo próprio, arts. 205 e 206, variando de um a cinco anos os especiais, e reduzindo-se para dez anos o geral, valendo este para todas as ações, pessoais ou reais, que não tenham prazo menores fixados nos referidos artigos. Os prazos decadenciais encontram-se disseminados pelo código, fixados em cada dispositivo que se refira à caducidade. O atual prazo geral de vinte anos, por excessivo, era bastante criticado como inadequado para os dias atuais, em que há grande facilidade de comunicação, inclusive via Internet.

Direito das Obrigações.

No capítulo das obrigações, o novo código reconhece a liberdade de contatar, condicionado porém o seu exercício “em razão e nos limites da função do contrato” (art. 421), sujeitando, concomitantemente, os contraentes aos princípios de proibidade e de boa-fé. O princípio da revisão ou da *oneriosidade excessiva* foi disciplinado em seção própria, permitindo a resolução do contrato em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Pretendeu-se, com isso, criar condições para manter o equilíbrio econômico dos contratos, facilitando o seu reajuste e mesmo a sua resolução em face de novas situações, imprevisíveis.

A apregoada *função social* do contrato tem em mira a superação do individualismo da primeira metade deste século. Esse fenômeno já havia provocado a edição de leis de caráter social, passando e o Estado a interferir na liberdade de contratar em certos setores, para evitar a opressão dos

economicamente mais fracos. Dessa forma surgiram as leis do inquilinato, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor e outras. O novo estatuto não esclarece o conteúdo da expressão “função social do contrato”, nem lhe fixa parâmetros. Essa fixação seria benéfica, para evitar surpresas às partes com eventuais retiradas, pela autoridade, da validade ou a eficácia dos contratos.

A resolução do contrato por onerosidade excessiva não constitui novidade no nosso direito, porque a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, exatamente com os requisitos agora exigidos, ou seja, existência de contrato de execução continuada e diferida e acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, já vinha sendo aplicada há algum tempo entre nós. Os Tribunais têm sido comedidos nessa aplicação, exigindo que o fato novo seja realmente imprevisível. Não se vislumbra aumento do número de resoluções contratuais com esse fundamento pelo fato de o novo código dedicar-lhe uma seção específica.

Responsabilidade Civil

Em matéria de responsabilidade civil, a *subjetiva* subsiste com regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade *objetiva*, em dispositivos vários e esparsos. As duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam: a subjetiva, como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa; a objetiva, atendendo à estrutura ou à natureza do negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, por exemplo, que implicam a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida e impõem a responsabilidade de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.

Tem a doutrina anotada, dentro da teoria do risco, na qual se afunda a responsabilidade objetiva, uma espécie decorrente do *exercício de atividade perigosa*, tomada em sentido dinâmico, relativa à utilização de diferentes veículos, máquinas, objetos e utensílios. Na legislação italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova: o agente só se exonera se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. O projeto de reforma do Código Civil brasileiro reflete a moderna tendência no parágrafo único do art. 929: “Todavia haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Adota, assim, solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade de se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano. A doutrina italiana tem considerado perigosa aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatística, de elementos técnicos e da própria experiência comum.

A inovação será significativa e representará, sem dúvida, um avanço entre nós. A forma genérica usada no texto possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável. Pode se antever, *verbi gratia*, a direção de veículos motorizados ser considerada atividade que envolve risco para os direitos de outrem. E que maior será o risco da atividade conforme o proveito visado. Ademais, se houve dano, poder-se-á entender que tal ocorreu porque não foram empregadas as medidas preventivas tecnicamente adequadas.

Em geral, a indenização mede-se pela extensão do dano e, não, pelo grau de culpa. Tal regra vem exposta no art. 946 do projeto. No entanto, como novidade, o seu parágrafo único dispõe: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Como não poderia deixar de ser, o projeto prevê não só o ressarcimento do dano material como também a reparação do *dano moral*, repetindo a Constituição Federal. Entretanto, lamentavelmente, nada dispôs a respeito de aspectos relevantes a atuais deste último, como o referente à sua quantificação e à legitimação para o pedido. Há necessidade de um mínimo de sistematização, como se fez no direito alienígena, ao menos dos casos de dano por morte e de danos físicos, de dano por abalo de crédito e por ofensa à honra, bem como deveria ficar definido se, na fixação de seu valor,

deve-se procurar somente compensar a vítima pela dor e tristeza sofridas, ou de se deve haver um acréscimo a título de sanção ao ofensor, prevendo-se, nesta hipótese, o valor mínimo e o máximo.

Direito das Coisas

No Direito das Coisas, manteve-se a *posse* como exteriorização da propriedade, como consta da teoria de Ihering. Não foi regulada como direito autônomo, desvinculada da propriedade, não sendo, por isso, incluída no rol dos direitos reais. No entanto, a alteração das estruturas sociais tem trazido aos estudos possessórios, a partir do início deste século, a contribuição de juristas sociólogos, como Peroze, Salielles e Hernandez Gil, que deram novos rumos à posse, fazendo-a adquirir, a sua autonomia em face da propriedade. Essas novas teorias que dão ênfase ao caráter econômico e à função da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição Federal e o próprio projeto ora em análise, parece não terem sido consideradas pelos idealizadores deste estatuto, malgrado constituam instrumento jurídico de seu fortalecimento, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade.

As duas concepções da posse podem coexistir. Mas o *jus possessionis*, desvinculado da propriedade, estava a merecer uma regulamentação, pois é sabido que a extensão territorial do país, os movimentos pró direitos sociais, especialmente dos sem-terra, e a própria situação dos favelados e pequenos produtores, têm valorizado a posse como direito autônomo, que se adquire e se vende. A sua inclusão no rol dos direitos reais estimularia o possuidor a fazer benfeitorias no imóvel e permitiria o seu registro, facilitando a obtenção de financiamento.

Somente no capítulo do *usucapião* foi levada em conta a efetiva utilização do imóvel possuído como morada habitual e fonte de produção (posse-trabalho), para fins de redução do prazo da prescrição aquisitiva. Este será de *15 anos* (e não, mais, 20) no usucapião extraordinário, sendo reduzido a *dez* se os referidos requisitos forem preenchidos. Por meio de emendas, foi feita a adaptação do código à Constituição Federal, no tocante à previsão do usucapião rural ou *pro labore* e do usucapião urbano. O prazo do usucapião ordinário foi unificado em dez anos, podendo ser reduzido para cinco se no imóvel o possuidor estabelecer a sua morada, ou realizar investimentos de interesse social e econômico.

Foram simplificados os modos de *aquisição* e de *perda da posse*, abandonando-se a supérflua enumeração do atual diploma. Se constitui ela exteriorização do domínio, e se é possuidor aquele que se comporta em relação à coisa como dono, a sua aquisição se dá nesse momento e por essa forma. Desde o momento em que não se comporte mais dessa maneira, ou se veja impedido de exercer os poderes inerentes ao domínio, a posse estará perdida.

A *enfiteuse*, considerada modo anacrônico e superado de aquisição do domínio útil de imóvel mediante o pagamento de uma pensão ou foro anual, contemplada no atual estatuto civil como direito real sobre coisa alheia, é retirada do novo, passando a figurar somente nas disposições transitórias, que ressalva as atualmente existentes, as quais continuarão a ser regidas, até sua extinção, pelo Código vigente. Foi substituída pelo *direito de superfície*, que consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou nele fazer ou manter plantações, tendo objeto mais amplo do que a *enfiteuse*. A concessão da superfície é feita por escritura pública, gratuitamente ou a título oneroso, permitida sua transferência a terceiro e a transmissão aos herdeiros.

Direito da Família

O Direito de Família, embora aparentemente tenha sofrido muitas modificações, quase todas são conseqüências e, portanto, adaptações, das alterações trazidas pela nova ordem constitucional e por leis posteriores, como a igualdade dos filhos e dos cônjuges e a ampliação do conceito de família para se admitir a entidade familiar constituída por pessoas não casadas. Limitou-se o parentesco na linha colateral ao quarto grau, por ser este o limite estabelecido para o direito sucessório. Alterou-se a denominação pátrio poder para poder familiar.

Atendendo ao clamor social, o projeto exclui a possibilidade de se anular o casamento em razão de defloramento da mulher ignorado pelo marido, bem como a de se deserdar, por desonestidade, filha que vive na casa paterna. E ainda acaba com a imutabilidade do regime de bens, permitindo a sua alteração

parcial, mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvadas os direitos de terceiros (art. 1.667, § 2º).

Direito das Sucessões

No Direito das Sucessões, as maiores inovações dizem respeito à concorrência, na herança, do cônjuge com descendentes e ascendentes, e à simplificação dos testamentos. A referida concorrência é consequência da equiparação dos cônjuges e da mudança do regime de bens. Quando o regime legal era o da comunhão universal, cada cônjuge era meeiro, não havendo razão para que concorresse com os referidos herdeiros. Adotado o regime da comunhão parcial, fazia-se mister a referida alteração da ordem da vocação hereditária, para que o cônjuge venha a participar dos bens particulares deixados pelo outro, não existindo os aqüestos.

A simplificação dos testemunhos foi feita com redução do número de testemunhas para duas na forma cerrada, e três na forma particular, acrescentando-se uma forma de testamento especial, o *aeronáutico*. Importante mudança consiste na restrição à liberdade do testador de impor ônus aos quinhões hereditários. A inalienabilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade por ele imposta aos bens da legítima só prevalecerá se houver justa causa, declarada no testamento, podendo o juiz, também havendo justa causa, alienar os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

Direito Civil e Processual Civil

Os Alimentos no Novo Código Civil

Dilermando Cigagna Junior
Advogado em São Paulo

Bem, advogado militante, resolvi, até por força de estar sempre atualizado, me debruçar sobre o “novo” Código Civil.

Me deparei com o velho, quase nada de novo (a não ser que a legislação posterior ao antigo já regulara de forma diversa) e não me senti atualizado. Ou melhor, eu estou atualizado, vivo no mundo atual. Mas imagino que nossos congressistas, de agora e de legislaturas passadas (tanto tempo o “novo” Código permaneceu em “estudos” e “discussões”) permaneçam nas “meias esferas” do Congresso Nacional, ainda ao tempo em que Niemeyer projetou aquela Casa de Leis.

Com efeito, nem um artigo ou linha sequer sobre Aids e suas limitações, união de homossexuais (em sociedade de fato), barriga de aluguel, clonagem (aí talvez já fosse pedir muito), ou questões que, nos dias de hoje, ascendem importância fundamental nas relações do direito de família e sucessões, um dos ramos do direito que aprendi a admirar e que, por cativante, me levou a tê-lo como um de meus principais focos de atuação, ao longo de quase trinta anos de advocacia. Só advocacia!

No que respeita a “Alimentos”, li o “novo” Código e deparei com artigos praticamente idênticos aos que constavam no de 1916, quando a mulher e o índio eram equiparados para os atos da vida civil, e fiquei imaginando um cacique presidindo audiências no Foro desta Capital, ou dando votos junto ao E. Tribunal de Justiça do Estado, vez que as mulheres, de há muito, já atingiram a igualdade pela qual tanto batalharam (com inquestionável razão), tornando-se excelentes juízas, admiráveis promotoras, combativas procuradoras e fervorosas e ferrenhas adversárias de nós homens, na advocacia.

Mas o “novo” Código fez questão de ignorar esta igualdade, não no que respeita aos direitos, mas basicamente aos deveres.

Com efeito, no que respeita ao direito de família, ambos os cônjuges dividem o pátrio poder, administram os bens comuns etc., mas na questão dos alimentos, que tantas demandas produzem em nossos tribunais, aí o “novo” Código, como “inovação”, nos trouxe apenas o que a Lei de Alimentos já tratava (em 1968 – 30 anos faz) e aquilo que veio de novidade com a Lei do Divórcio (esta já prestes a completar sua maioria): os alimentos provisórios, a revisional, a obrigação da contribuição de cada

um na proporção de seus rendimentos, mantendo o ranço que vem respeito no § 2º do art. 1.722 e a incompreensível referência à situação patrimonial para admissão da revisão.

Ficou mantida aquela inescandível sensação de escravidão eterna do devedor de alimentos ao cônjuge, como se até de casamentos efêmeros (cada vez mais efêmeros, após o divórcio) resultasse a obrigação vitalícia do sustento, verdadeiro prêmio à ociosidade, que nossos tribunais estavam se encarregando de minorar, com sucessivas decisões incentivando o trabalho, principalmente das mulheres jovens.

Isto, em última análise, também incentivaria os ex-maridos a labutar em seu benefício próprio, sem a preocupação de que, com eventual aumento patrimonial, conquistado com sua força de trabalho exclusiva, viesse no futuro a despertar a cobiça daquela que com ele compartilhou o leito, às vezes por pouco tempo.

Os legisladores não tiveram a perspicácia de, sequer, analisar o próprio Congresso Nacional ou o cenário político pátrio, onde as mulheres, com inegável e reconhecido mérito, também ocupam cadeiras várias, até mesmo em governo de Estado, uma delas, feminista convicta e combativa congressista, agora mesmo lançada candidata ao governo do estado mais pujante da União.

O § 1º do art. 1.722, do “novo” Código, repete, tal e qual, o art. 400 do velho Código, enquanto o § 2º traz o ranço dos abusos perpetrados nos pedidos de alimentos, ao estabelecer: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia”.

Abrem-se as comportas para os pedidos estratosféricos, escorchantes e imorais que sistematicamente chegam aos julgadores, na esperteza de quem quer enriquecer ilicitamente. Por que somente em caso de culpa, os alimentos devem ser estabelecidos como aqueles “indispensáveis à subsistência”?

A meu ver, “todos os alimentos devem ser estabelecidos como aqueles indispensáveis à subsistência”, como regra, não como exceção.

A exceção, que poderia resultar de um enriquecimento ilícito do devedor, como por exemplo, em caso de separação onde apenas o marido tenha se estruturado no mercado de trabalho, permanecendo no lar a mulher, como opção de vida dos cônjuges, isto seria regulado em caráter indenizatório, com pagamento de verba desde logo estabelecida pelo magistrado, ou mesmo por pagamento periódico, mas com prazo terminativo, possibilitando, dessarte, que o casal separado ou divorciado, em um determinado momento de suas vidas, realmente separados ou divorciados ficassem “com suas contas quitadas.”

Esta legislação de pensão alimentícia, vinculada apenas a alguns casos de exoneração, por certo não acompanha a modernidade e será responsável pela eternização dos conflitos, na medida em que confere direitos em caráter de vitaliciedade ao beneficiário. É a aposentadoria precoce contra a força do trabalho.

Da mesma forma, a revisional jamais poderia estar atrelada à alteração na situação patrimonial de uma das partes, como permanece normatizada pelo ar. 1.727 do “novo” Código. O enriquecimento do devedor, a meu ver, em nada pode alterar a obrigação alimentar, de sorte a arregalar os olhos do credor.

Inúmeras são as ações em que, por força do sucesso profissional do devedor, posterior à separação, com o que nada contribuiu o (a) credor (a) – aqui incluo mulher e filhos -, a revisional é despejada e juízo buscando abocanhar uma fatia daquele esforço individual. Por mais incrível que possa parecer, são as revisionais mais atrevidas de que se tem notícia.

Cahali já enfocava a questão, citando Arnaldo Wald, no sentido de que aquela que se separa de tenente não pode, no futuro, pretender a pensão de general (*Dos Alimentos* – 1ª ed., RT – 1985, p. 351).

Os argumentos supra expendidos, concernentes ao incentivo e estímulo ao trabalho, não se conformam com a pretensão revisional fundada em eventual aumento ou redução patrimonial de uma das partes, seja porque, em relação ao devedor, não teria ele estímulo e serenidade para progredir e cada vez procurar produzir mais bens e riquezas e, em relação ao credor, poderia este mascarar gradativamente perdas patrimoniais para, ao depois, pleitear uma revisão de alimentos por empobrecimento manifesto.

Na realidade, a questão de alimentos deve ser tratada dentro das necessidades básicas, essenciais, aquelas exclusivamente suficientes para atender à saúde, moradia, vestuário e alimentação, mais escolaridade em caso de filhos. E, ainda assim, dentro de parâmetros tradicionais, sendo que o luxo, o supérfluo, as viagens estratosféricas e outras que tais, ficariam na esteira das liberalidades, sem que isto, no futuro, pudesse ser usado contra o alimentante liberal.

Quantas vezes se depara com um pai extremado e que em tudo beneficia os filhos, imprimindo elevado padrão, mesmo separado, vindo, adiante, ser surpreendido com uma revisional, pleiteando a guardiã que aquelas liberalidades passem a compor a pensão, para o numerário vá às mãos dela, em verdadeira pretensão desleal.

O tal binômio necessidade - possibilidade, deve ser substituído apenas pela necessidade básica, comprovando-se, apenas e tão somente, que o devedor teria possibilidade de pagar aquele valor.

Não interessaria ser o devedor multimilionário ou não. Deve ele arcar com o sustento de quem necessite dele, mas o básico, deixando a seu arbítrio as liberalidades, como a ele seria facultado se casado permanecesse. O resto é divagação.

Já nos idos de 1989, proferi palestra na Associação dos Advogados de São Paulo, a qual, transcrita, restou posteriormente publicada, em forma de artigo, na *Revista do Advogado* ("Temas de Direito de Família", 29, agosto de 1989, p. 38), onde apresentava uma visão Crítica da Ação de Alimentos, colocando uma série de idéias e sugestões em busca do aprimoramento do instituto.

Várias posições lá colocadas estão sendo abraçadas por nossos tribunais (não porque minhas foram, mas por serem justas), porém o instituto dos alimentos, em si, na forma como vem regulado no "novo" Código Civil, permanece aberto às mesmas críticas que, naquela época, já transcrevera no mencionado artigo.

Yussef Cahali lembrava até mesmo que o projeto do Código Civil não chegava a sistematizar convenientemente a matéria, e que se encontrava superado em vários aspectos pelo decurso do tempo, além da promulgação da Lei do Divórcio que trouxera modificações mais atuais e mais de acordo com o comportamento contemporâneo (ob, cit., p. 43).

Por sinal, o projeto do Código Civil que equiparava o cônjuge a parentes, para fins de alimentos e previa a respeito dos alimentos cômputos (os indispensáveis à subsistência), quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (e que acabou sendo acatado), na verdade não tentava uma separação legislativa de dúvidas que atormentam doutrina e jurisprudência sobre vários aspectos do instituto (Cahali, p. 43).

Ditas dúvidas realmente ainda continuam atormentando e invadindo os tribunais, principalmente àqueles que querem sua interpretação e solução.

Defendia eu, naquela ocasião, e agora o faço com mais veemência, que o próprio instituto dos alimentos, no que compete àqueles devidos ao cônjuge, deve ser repensado. Não se justifica, para um casamento, por vezes de pouquíssima ou mesmo de nenhuma duração, subsista uma obrigação, pelo menos em tese até o fim da vida.

Neste aspecto o "novo" Código Civil acaba por agravar a situação, prevendo o direito aos necessários até mesmo para o cônjuge culpado.

Esta situação, por certo trazida ao texto legal por questões humanitárias, não me parece defensável, vez que tal encargo não poderá ser declinado ao cônjuge inocente, se mais não fora porquanto ao

Cônjuge culpado sempre subsistirá a possibilidade de pedir alimentos a seus consangüíneos (art. 1.722 do “novo” Código Civil).

Por outro lado, desde sempre aprendi que da culpa pode resultar condenação criminal e obrigatoriedade de pagamento de indenização civil a favor da vítima.

Jamais imaginei que o Direito, por alguma forma, faria com que a vítima prestasse alimentos ao culpado. Talvez em caso de invalidez e na ausência de outros parentes, admitiria a cônica, tal qual se concede aos párcos exclusivamente para seu sustento. Ante o divórcio, todavia, jamais.

Entendo, tal como anos atrás (e nada me fez alterar tal pensamento, ao contrário), que melhor seria estarem os alimentos atrelados ao tempo de duração do casamento, de sorte a serem devidos, após a dissolução da sociedade conjugal, por igual tempo de duração daquele, independentemente de poder o devedor ser exonerado ante comprovação de algumas das causas de exoneração, como nova união, efetivos ganhos etc. E ainda assim, dentro do básico.

A respeito, Brandão Lima, citado por Cahali, afirma que tal paternalismo “vem criando e incrementando a proliferação de uma perniciosa casta social, as parasitas do vínculo matrimonial”.

Este pensar tem sido cada vez mais aplicado pelos magistrados, buscando evitar tal parasitismo, *máxime* em se considerando a igualdade dos sexos, tão acalentado pelas feministas, e afinal alcançado.

Não está sendo difícil deparamos, nas audiências das varas de família, com a juíza de Direito, a curadora de família, as advogadas, as estagiárias, sem contar as assistentes-sociais, as psicólogas e outras auxiliares do Poder Judiciário, todas as demonstrar à “alimentada” que o tempo do ócio já se foi”.

A velha desculpa de que o mercado de trabalho não se abre às mulheres está tão envelhecida quanto o “novo” Código Civil.

Continuo abrindo exceção para aqueles casamentos de longa duração, ainda á moda antiga, onde as mulheres permaneciam no lar declinando as oportunidades de sucesso financeiro ao marido, ao longo de anos e anos de dedicação. Aí sim, seriam eles devidos de forma vitalícia, mesmo porque não seria justo pudesse o marido furtar-se ao pagamento de pensão, exigindo, após, por exemplo, vinte anos de casamento, que sua mulher, dedicada ao lar e aos filhos, fosse trabalhar para seu sustento, beneficiando-se, ele varão, de todas as oportunidades profissionais que teve ao longo da vida, aí isoladamente. Mesmo assim, o básico como pensão e eventual verba em caráter indenizatório e por prazo determinado, como acima enunciado.

Parece-nos que um limite temporal aos alimentos, com referência ao cônjuge, diminuiria o número de processos visando a exoneração e até mesmo possibilitaria decisões uniformes e maior segurança nos pleitos, incentivando, por outro lado, as separações consensuais, inúmeras vezes obstaculadas pelo desejo da mulher ao sustento eterno e do receio do varão a assumir uma obrigação, em tese, vitalícia.

O novo Código, todavia, a meu ver, continua deixando a questão ao livre arbítrio, com regras paupérrimas a respeito, com o tal binômio necessidade-possibilidade, impedindo a renúncia, abrindo portas escancaradas às revisionais, simplesmente, em um “gigantesco passo” à igualdade entre homem e mulher, incorporando a seu texto, no art. 1.731, aquilo que a Lei do Divórcio já regulamentava em seu art. 20 (a contribuição proporcional aos ganhos, por parte de cada cônjuge, em relação aos filhos).

O excessivo volume de processos também poderia ser diminuído com a alteração de alguns conceitos que, na verdade, já encontram vários defensores, como a efetiva admissão de renúncia aos alimentos.

A questão da renúncia parece ainda mais grave, porquanto várias são as situações fáticas em que as partes preferem superar as razões da separação (entre as quais o adultério da mulher sempre assume importância relevante) e, em benefício da tranquilidade da prole, formulam acordo de separação, renunciando a mulher a alimentos.

A possibilidade ainda aberta de poderem estes ser novamente pleiteados, no futuro, sempre se me apresentou questão contrária à coisa julgada, eticamente discutível e moralmente indefensável.

Este caso parece ter inspirado o ilustre Prof. Silvo Rodrigues, quando o festejado jurista defende que, ante renúncia, não há que se falar em novo pleito alimentar, exatamente citando, à ilustração, caso de adultério:

“São freqüentíssimos os casos em que o desquite amigável só é alcançado por dispensar a mulher alimentos. As hipóteses, as mais variadas, colhem-se na experiência advocatícia. Por vezes, o marido, descobrindo do adultério da mulher, pretende de início propor desquite litigioso; esta, para evitar a nódoa de tal imputação e o escândalo decorrente (preservação da imagem materna perante os filhos), concorda, no desquite amigável, em abrir mão da pensão alimentícia... Ora, será justo que após a assinatura do acordo, que de outro modo não seria alcançado, se alterem as condições básicas, para permitir o reclamo da pensão alimentar?”

(*Direito de Família* – 6ª e 8ª ed., pp. 120 e 233).

Seria a hora da mudança. Mas passou!

Em linhas gerais este é um breve comentário sobre o “novo” Código, na parte referente a Alimentos, dentro do qual, como já disse, realmente não encontrei nada de novo o que, convenhamos, constituir uma perda lamentável de oportunidade para dinamizar o instituto e sua aplicação.

Nossos congressistas, ainda que exigissem “jetons extraordinários” poderiam ter sido mais céleres a atualizados no que respeita a um texto legal de tamanha importância como é o Código Civil.

Direito Civil e Processual

Ainda o Procedimento Monitório

Donaldo Armelin
Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo

É matéria cediça ter se orientado a reforma do CPC, no sentido de promover a aceleração da prestação judicial, considerando-se as críticas que lhe eram endereçadas a teor de sua alegada morosidade. Em conseqüência, favoreceu-se a parte ativa da relação processual propiciando-lhe vários instrumentos processuais novos para que o fator tempo no processo não atuasse em seu detrimento. Dentre esses instrumentos está o procedimento monitorio direcionado a uma rápida formação do título executivo de modo a ensejar, *secundum eventum defensionis*, a supressão do procedimento indispensável para tanto no processo comum de natureza declaratória. Essa inovação diz respeito ao ordenamento jurídico-processual nacional, eis que o procedimento monitorio já conta com mais de um século de existência em ordenamentos jurídicos estrangeiros. É o que sucede, *vg.*, no Direito austríaco, no Direito alemão. No Direito italiano surgiu nas primeiras décadas deste século e, como anota Lorca Navarrete¹, foi imposto sucessivamente aos ordenamentos jurídicos da França, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Mais recentemente o monitorio foi implantado no Direito Processual Civil espanhol e português. A generalização da adoção desse procedimento no Direito Processual Civil continental abona a opção do legislador reformista de o inserir no rol dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa do vigente CPC. Aliás, os resultados obtidos naqueles países com a introdução desse tipo de procedimento tem se revelado, no plano estatístico, significativos até porque, em alguns casos, propiciou uma maior democratização do acesso à Justiça com a uniformização da inicial da ação, com base em modelos impressos e vendidos livremente.²

Não obstante ser um instituto anoso de mais de um século o procedimento monitorio ainda permite a subsistência de algumas dúvidas a respeito da sua operatividade e, inclusive, quanto à sua natureza jurídica. Já se defendeu sua inserção no âmbito da jurisdição voluntária. Foi incluído na tela executiva e,

ainda, considerado um *tertium genus* situado entre o processo de conhecimento e o de execução. Prepondera, contudo, a corrente que o situa no processo de conhecimento tendo em vista a sua vocação e finalidades voltadas à constituição do título executivo. Demais, há técnicas diferenciadas para a admissibilidade do monitório, que pode ou não exigir venha a inicial instruída com prova documental. Evidentemente, se dúvidas persistem quanto à sua natureza jurídica, as diversas técnicas adotadas para as suas disciplina e operatividade têm necessariamente de mudar, ensejando vários modelos de monitório. Portanto, ao se decidir pela sua implantação em um ordenamento processual, há de se optar ou pela adoção de uma técnica e modelo já existentes e aprovados através de sua utilização em outros ordenamentos jurídicos, adaptando-os ou não às peculiaridades nacionais, ou ainda, pela criação de um modelo novo, que sintetize os pontos positivos daqueles já em operação e, conseqüentemente, já acrisolados, através do tempo, pela experiência. Dentre as técnicas aplicáveis ao monitório do tipo documental, destacam-se aquela adotada pela ZPO alemã e a disciplinada pelo Código de Processo Civil italiano. No primeiro, consoante nova disciplina, que lhe foi imposta pela *Vereinfachungsnovelle* de 1976, independentemente de prova documental o pedido do autor, versando o pagamento de determinada quantia em dinheiro ou à entrega de determinada quantidade de outros bens fungíveis, implicará a expedição de ordem de pagamento ou de entrega pelo auxiliar do juízo (*Rechtspfleger*), com advertência de a pretensão não haver sido examinada na sua fundamentação pelo juiz. Havendo oposição, o procedimento se convola em comum ordinário, correspondendo o monitório apenas a uma forma especial de iniciação do processo, na medida em que sua incoação implica um exame *ex novo* da pretensão objeto do mandado de pagamento. Ausente a oposição, expedir-se-á, a requerimento do autor, mandado de execução, equiparado a uma sentença proferida em caso de revelia.

Já no modelo italiano, no qual se exige prova documental geradora de verossimilhança dos fatos invocados pelo autor, o procedimento *d'injunzione* regrado pelos arts. 633 e ss. do CPC, apresenta peculiaridades próprias de um monitório documental e, em conseqüência, a possibilidade do juiz proceder um julgamento a respeito da documentação, que instruiu a inicial, para aferir se a obrigação *sub iudice* emerge de forma verossímil.

Tal implica a possibilidade de indeferimento da ação monitória, de modo que há uma decisão a respeito desta ação quando do provimento relativo à expedição do mandado de pagamento.

Por isso mesmo a oposição do réu constitui um exame *ex post* e não *ex novo* do decreto injuntivo e sobre sua natureza questionável ou não, mediante o contraditório que inexistiu por ocasião da emissão deste. Assim, a oposição versa também o exame do mérito, que o juiz já realizara perfunctoriamente quando da emissão do decreto injuntivo³. Nesse sentido, Edoardo Garbagnati pondera: "In conclusione, il decreto d'injunzione contiene, a mio avviso, un provvedimento giurisdizionale di natura dichiarativa, identico per natura al provvedimento del giudice contenuto in un'ordinaria sentenza definitiva di condanna: e ciò, nonostante la forma diversa da quella prescritta dal legislatore per il provvedimento che chiude un processo ordinario di cognizione. L'efficacia di cosa giudicata del decreto d'ingiunzione è soggetta ad una *condicio iuris*, non diversamente dall'efficacia di cosa giudicata della sentenza pronunciata in un processo ordinario di cognizione, che presuppone la preclusione di tutti i mezzi d'impugnazione previsti nell'art. 324. La sommarietà della cognizione che precede la pronuncia del decreto incide quindi sulla struttura del procedimento d'ingiunzione e ciò sulla forma e sulla sequenza degli atti coordinati al provvedimento finale de giudice, ma non esclude che attraverso il loro svolgimento si pervenga all'esercizio di quella medesima giurisdizione dichiarativa, del cui concreto esercizio è instrumento il processo ordinario di cognizione; cosichè lo scopo del procedimento in esame è di pervenire piu rapidamente alla formazione della cosa giudicata, quando sai probabile che la posticipazione della provocazione al contraddittorio consenta la chiusura del processo, senza una reazione della parte ingiunta⁴.

O modelo italiano, a despeito de décadas de sua atuação ainda não atingiu, na tela doutrinária, unanimidade a respeito de vários pontos de sua temática, que remanescem controvertidos. Não obstante tem sido adotado por alguns ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro que, embora não o tendo copiado aproveitou a sua estrutura, tanto ao optar pelo modelo documental como por outras peculiaridades do regime emprestado à injunção peninsular. Todavia, tal como acontece na Itália, nem a abundante doutrina, que a inovação gerou, nem a jurisprudência ainda se pacificaram a respeito de inúmeros questões que envolvem o procedimento monitório. Sem dúvida isso poderá ocorrer, ao menos na via pretoriana, dentro de algum tempo. Mas, atualmente, decorridos mais de dois anos de sua introdução no sistema jurídico nacional, subsistem dúvidas mesmo a respeito da própria natureza jurídica do monitório, havendo quem sustente encartar-se ele no processo de execução. Embora a esse

respeito já se tenha formado um posicionamento majoritário na doutrina e na jurisprudência, relativamente a outras questões isso ainda não ocorreu.

Assim *v.g.*, subsistem dúvidas a respeito da natureza jurídica do provimento judicial que defere a expedição do mandado de pagamento ou de entrega, ou seja, se configura ele uma decisão ou é simples despacho e, como tal, dispensado de fundamentação mesmo concisa. Se esse provimento, ausentes os embargos ao mandado, reveste-se da imutabilidade inerente à coisa julgada material. Se os embargos consubstanciadores da defesa do réu são uma contestação ou uma ação direcionada à desconstituição do provimento judicial, que deferiu a expedição do mandado de pagamento ou de entrega. Se há embargos à execução e se estes têm seu objeto restrito ao elenco do art. 741 do CPC ou se, ao revés, seus lindes são aqueles do art. 745 do mesmo Código. Se a apelação interposta da sentença, que rejeitar os embargos, tem afeito suspensivo ou meramente devolutivo. Se a estrutura do procedimento monitório é análoga àquela dos procedimentos das ações executivas *lato sensu*, dispensados a citação do réu após a convalidação do mandado de pagamento ou de entrega em título executivo judicial. Se os embargos ao mandado, que fluem sob o rito ordinário, comportam reconvenção, declaratória incidental, intervenção de terceiros. Se o monitório é admissível nas ações aforadas em face da Fazenda Pública ou de incapazes. Se todas as formas de citação são admissíveis nesse tipo de procedimento. Demais, se questiona a respeito do tipo de prova documental que será hábil a lastrear a admissibilidade desse tipo de procedimento. Esse sintético elenco meramente exemplificativo e não exaustivo de questões suscitadas pelos intérpretes da Lei 9.079/95 e resultantes também do necessário engaste da inovação nela consubstanciada no sistema do Código de Processo Civil vigente, demonstra que, ao inserir-se o monitório na estrutura desse Código, importou-se não apenas e ainda que em parte o modelo italiano do procedimento de injunção ali vigente, como ainda boa parte da problemática que remanesce na doutrina peninsular a respeito das décadas de utilização desse instrumento processual naquele país. Ainda que, com o decorrer do tempo, essas arestas doutrinárias e jurisprudenciais venham ser polidas na via pretoriana pela sedimentação das decisões que resolverem esses problemas, é de se levar em consideração a premonição de Eduardo Talamini a respeito de tal fenômeno: “Desse esquema procedimental razoavelmente simples pode-se extrair uma série de questões extremamente complicadas. E nisso reside grande risco para o sucesso prático do recém instaurado mecanismo da tutela monitória: ter sua utilização minimizada em virtude da excessiva complexidade de sua formulação teórica. Tal contradição – instrumento destinado a facilitar a prática versus dificuldade teórica – e sua consequência – o desuso – não seriam inéditas em nosso processo; algo de não muito diferente ocorreu, por exemplo, com diversas das formas de intervenção de terceiro ou com a ação declaratória incidental”⁵.

A presença desse risco, decorrente da permanência de questões não definitivamente resolvidas na tela doutrinária ou jurisprudencial relativamente ao procedimento monitório, acoroça o exame de novos modelos implantados em outros ordenamentos jurídicos, na busca de soluções talvez mais convenientes para a efetividade da tutela jurisdicional, objetivo principal das reformas ao Código de Processo Civil. O modelo português, adotados no fim de 1993, o Dec.-Lei 404/93 de 10 de dezembro daquele ano, revela-se de maior simplicidade e seguramente de maior operatividade no atingimento do escopo da efetividade do processo, embora a rigor não verse propriamente monitório mas uma forma de, sem atuação do órgão jurisdicional, constituir-se um título executivo extrajudicial mediante a atividade de órgão auxiliar da justiça. Com efeito, esse diploma legal lusitano disciplina a injunção, definida no seu art. 1º como “a providência destinada a conferir força executiva ao requerimento destinado a obter a cumprimento efectivo de obrigações pecuniárias decorrentes de contrato, cujo valor não exceda metade do valor de alçada do tribunal de 1ª instância”. Desde logo se verifica que as hipóteses de cabimento da injunção equivalente, no plano teleológico, ao nosso monitório, são mais restritas do que no modelo brasileiro. Há limites quanto ao valor da causa e quanto ao tipo de obrigação. Mas é no procedimento que as diferenças são marcantes.

O modelo português permite a chamada “desjurisdicionalização” do monitório, o que seguramente favorece não apenas o acesso à tutela jurisdicional executiva como também a celeridade da prestação dessa tutela. Mais, ainda, enseja a utilização de modelos impressos de requerimentos, que auxiliam a padronização da fase “desjurisdicionalizada” de tal procedimento. Assim é que esses requerimentos, veiculado ou não em modelo impresso, deve conter a exposição dos fatos, que fundamentam a sua pretensão, e vir acompanhado dos documentos, se os houver, que comprovem sua pretensão, concluindo pelo pedido da prestação a se efetuar.⁶ Recebendo o requerimento, o secretário do Tribunal notificará o requerido por carta registrada com aviso de recepção, remetendo, segundo o texto legal,

cópia da pretensão e dos documentos juntos, devendo indicar de forma inteligível o objeto do pedido e demais elementos úteis à sua compreensão, bem como o prazo para a oposição.⁷ Na falta desta ou em caso de sua desistência, preceitua o art. 5º do Dec.-Lei 404/93, o secretário judicial do Tribunal aporá ao requerimento de injunção a fórmula executória: “Execute-se”. Destarte, o requerimento passa a constituir título executivo extrajudicial, consoante esclarece a exposição de motivos desse diploma legal, *verbis*: “A oposição da fórmula executória, não constituindo, de modo algum, um acto jurisdicional, permite indubitavelmente ao devedor defender-se em futura acção executiva, com a mesma amplitude com que o pode fazer no processo de declaração, nos termos do disposto no art. 815 do CPC.” Portanto, a técnica adotada pelo modelo português, de certa forma semelhante àquela constante da ZPO alemã, na qual a atuação do *Rechtspleger* é decisiva na primeira fase do monitório, permite que o título executivo possa ser constituído sem necessidade de atuação do Juiz, mas apenas de um seu auxiliar. De qualquer forma, o requerido poderá optar por se omitir, permitindo a formação do título executivo em seu desfavor, por adimplir sua obrigação ou por apresentar oposição ao pedido.

Não consta do Dec. -Lei 404/93 referência à possibilidade do requerido adimplir espontaneamente a obrigação após sua notificação. Mas é intuitivo que poderá fazê-lo em lugar de se opor ao pedido. A oposição, a ser apresentada no prazo de sete dias, provocará a incoação de processo judicial, o mesmo ocorrendo com a frustração da notificação do requerido. Nessas hipóteses, o secretário judicial do tribunal providenciará a distribuição do requerimento, sendo os autos conclusos ao juiz que determinará dia para julgamento, se o estado do processo o permitir, adotando-se o rito do procedimento sumaríssimo. Evidentemente o texto desse Dec.- Lei 404/93 não é infenso a críticas. Estas existem e foram compiladas por Helder Martins Leitão.⁸ Inclusive, segundo se registra, quanto à exclusão do controle do Judiciário do procedimento para a formação do título executivo extrajudicial, que, em nosso sistema processual seria efetuado até mesmo pela exceção de preexecutividade, vale dizer sem o ônus da segurança do juízo, após constituído esse título. Mas tais críticas não são suficientes para esgarçar os pontos positivos dessa inovação. Desse logo, quando adotado esse modelo, a maioria das questões suscitadas na doutrina a respeito do procedimento monitório brasileiro deixaria de ter pertinência. Deveras, não haveria porque se questionar a respeito da natureza jurídica da decisão que defere a expedição do mandado de entrega ou de pagamento, porque não haveria essa expedição, mas tão-somente a constituição de um título executivo extrajudicial. Este propiciaria a incoação e uma execução pelo rito normal das execuções lastreadas nesse tipo de título executivo.

Cessariam as questões a respeito da natureza dos embargos do réu no monitório, porque esses embargos apenas propiciaram o aforamento de uma ação de procedimento sumário ou ordinário, conforme o caso. Nesta ação, o cabimento de reconvenção, de declaratória incidental, de intervenção de terceiros estaria submetida à disciplina do Código de Processo Civil, sem ensejar questionamentos decorrentes da especificidade da tutela monitória. Os embargos à execução incoada com base em título executivo extrajudicial estariam adstritos ao regramento do art. 745 do CPC. Entretanto, como acima acentuado, essa técnica retira do monitório a sua característica essencial de procedimento judicial, que é a de possibilitar a expedição de mandado de pagamento ou entrega de bens, conforme o ordenamento jurídico em que esse procedimento esteja engastado, convertendo-se, portanto, em atividade administrativa manejada embora por auxiliar do juízo. De certa forma, o ordenamento jurídico nacional já contempla uma figura semelhante na formação de título executivo extrajudicial, como sucede com a duplicata não aceita e acompanhada de comprovante de entrega da mercadoria, à qual se outorga executoriedade se protestada e não paga. O protesto, tirado em cartório extrajudicial, acaba por completar os requisitos para o surgimento da executoriedade, da qual era carente esse título cambiariforme. Não há, evidentemente, a atuação de um órgão auxiliar do juízo para que se aponha uma cláusula executória, mas o resultado final é o mesmo: constitui-se o título executivo extrajudicial. Essa técnica da injunção portuguesa não encontraria, pois, barreiras na estrutura constitucional vigente. Ao revés, implicaria apenas a adoção de nova forma de constituição de título executivo, matéria eminentemente processual, atendendo aos reclamos da celeridade efetividade da tutela jurisdicional na medida em que, suprimindo o processo de conhecimento, permite desde logo o acesso à via executiva e, destarte, à satisfação concreta do direito do credor.

Neste momento em que as reformas introduzidas no Código de Processo Civil já deram mostras de suas vantagens e inconvenientes, tanto assim que se prepara uma segunda vaga de reformas para otimizar as primeiras, conviria examinar o modelo português da injunção, confrontando-o com o atual adotado para o monitório, e as vantagens e desvantagens para o atingimento dos escopos das mesmas reformas, inclusive, impede levar em consideração as diferenças geográficas, culturais, econômicas e sociais entre ambos países, para se adaptar esse modelo à realidade nacional, até porque, tal como se

encontra estruturado, não é infenso a críticas já manejadas na doutrina lusitana, críticas essas que as limitações deste trabalho não permitem examinar. É matéria cediça que a importação de modelos alienígenas, sem levar em consideração as circunstâncias da sociedade sobre a qual ele atua, pode levar os resultados distorcidos e negativos.

São significativas, sob vários ângulos, as diferenças entre a sociedade brasileira e a portuguesa, mas subsiste um substrato comum entre ambas, inexistente relativamente a outras sobre as quais atuam os modelos objeto de cotejo. Conviria pois, examinar a temática do procedimento monitorio à luz da experiência lusitana de mais de três anos relativa à injunção, pois se delinea o risco em nosso sistema processual, tal como sucede com a doutrina italiana, das quízílias doutrinárias sobre esse mesmo procedimento eternizarem-se em detrimento de sua funcionalidade.

Notas e Referências Bibliográficas

1. Cfr. Antonio M. Lorca Navarrete, *El Procedimiento Monitorio Civil*, S. Sebastián, Inst. Vasco de Derecho Procesal Civil, 1988 pp. 73 e ss.
2. É o que sucede, *vg.*, na Alemanha, na Holanda e em Portugal.
3. V. a respeito Lorca Navarrete, *op. cit.* pp. 58/59.
4. *Il Procedimento d'ingiunzione*, Milano, Giuffrè Ed. 1991, pp. 27/28.
5. Cfr. *Tutela Monitoria*, S. Paulo, RT. 1997 p. 20.
6. V. art. 3º do Dec. –Lei 404/93.
7. Cfr. Art. 4º do Dec. –Lei 404/93.
8. Cfr. *Da Injunção*, Porto, Ed. Elcla, 1994, pp. 65/66, centrando-se as críticas principalmente na desjurisdicionalização da injunção.

Direito Civil e Processual Civil

O direito de Família no Projeto de Código Civil

Nelson Luiz Pinto
Professor de Direito Civil e de
Direito Processual Civil da PUC-SP

O projeto de Código Civil em tramitação no Congresso Nacional, se e quando definitivamente aprovado e promulgado, provocará sensíveis modificações no campo do Direito de Família.

Na verdade, sendo o texto original do projeto de 1975, já se encontrava ele evidentemente desatualizado em face de normas posteriores que já haviam provocado modificações no CC, como, por exemplo, a lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), que trouxe profundas alterações no sistema de dissolução do casamento e da sociedade conjugal; a CF de 1988, que alterou significativamente muitos aspectos do Direito de Família, acabando com a distinção entre homem e mulher e especialmente entre os cônjuges, quanto aos direitos e obrigações na sociedade conjugal, reconhecendo expressamente a União Estável entre homem e mulher como família etc...; também o estatuto da criança e do adolescente, que regulamentou a adoção e outras questões relativas à proteção do menor; a legislação regulamentadora da União Estável (Leis 8.971/94 e 9.278/96) enfim, o antigo texto do projeto de Código Civil já se encontrava absolutamente defasado em face da legislação ordinária e da própria Constituição Federal, quando finalmente foi apreciado no Senado Federal.

Em razão disto, foram apresentadas ao Senado mais de uma centena de emendas, algumas acolhidas, outras rejeitadas e umas aproveitadas com alterações, além de outras dezenas de emendas

propostas pelo relator do projeto no Senado. O Senado Federal aprovou o parecer do relator, o que resultou num texto final do projeto muitíssimo modificado em relação à sua versão original, especialmente na parte relativa ao Direito de Família. Dentre as propostas do relator então aprovadas, encontramos principalmente, aquelas que incorporam no texto do Código Civil todas aquelas modificações já havidas no Direito de Família por força da legislação ordinária e constitucional anterior. Poucas são, efetivamente, as modificações realmente introduzidas pelo projeto, que ainda depende de uma nova apreciação na Câmara dos Deputados.

Não temos ainda, portanto, um texto definitivo do novo Código Civil para que possamos passar a uma análise crítica e tecer opiniões a respeito. Nos valeremos, então, do texto tal como aprovado no Senado Federal, para formular alguns comentários sobre aquilo que nos parece mais importante e significativo no campo do Direito de Família.

O Direito de Família passa a ser tratado no livro IV do Código, imediatamente anterior ao Direito das Sucessões, livro V e último.

Esse livro IV, “Do Direito de Família”, é subdividido em quatro títulos, com respectivos subtítulos. O título I foi denominado “Do Direito Pessoal, contendo as regras relativas ao casamento (subtítulo I) e às relações de parentesco (subtítulo II). O título II denomina-se “Do Direito Patrimonial” e contém as regras sobre o regime de bens entre os cônjuges, sobre o usufruto e a administração dos bens de filhos menores, sobre os alimentos e sobre o bem de família. Como título III foi incluída por emenda do relator no Senado, “A União Estável” e, no título IV, “Da Tutela e da Curatela”.

Ao tratar do casamento, no subtítulo I do Título I, manteve o projeto a sistemática dos impedimentos matrimoniais, a acarretar a nulidade ou anulabilidade do casamento, mas com algumas inovações.

Primeiramente, acolhendo as críticas da doutrina que distinguem as hipóteses de impedimento matrimonial das hipóteses de incapacidade matrimonial, especialmente no caso dos menores, o projeto refere-se, no capítulo II, à “capacidade matrimonial”. Tendo em vista a alteração havida na parte geral do Código, no que se refere à capacidade das pessoas, onde a maioridade e, portanto, a capacidade plena é alcançada aos 18 anos, e não mais aos 21 (Art. 4º, I do Projeto; “São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”), o art. 1514 do Projeto, com a redação dada pela emenda 163 do Senado dispõe: “A mulher com dezesseis anos de idade pode casar, mas até que complete dezoito anos é mister a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais”.

Manteve-se, assim, a idade núbil para o homem em 18 anos, quando já possui ele capacidade plena de exercício na vida civil, e em 16 anos para a mulher, necessitando da autorização para casamento até completar 18 anos.

Incorporando ao Código Civil a igualdade entre os cônjuges imposta pela Constituição Federal, que impunha já se reconhecer estar revogado ao art. 186 do Código Civil que privilegiava a vontade paterna sobre a materna, o parágrafo do art. 1514 do Projeto, com a redação dada pela mesma emenda 163 do Senado, dispõe “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, qualquer deles terá o direito de recorrer ao juiz para solucionar a divergência”.

Relativamente aos impedimentos, matrimoniais, foram assim chamados pelo projeto do novo Código apenas os absolutamente dirimentes ou dirimentes públicos, que contaminam de nulidade o casamento. Estão eles elencados no art. 1518 do projeto, sem alteração em relação ao texto atual do Código Civil.

Já os atuais impedimentos relativamente dirimentes ou dirimentes privados, foram deslocados para outro capítulo, sob o título “Da Invalidade do Casamento”, e elencados no art. 1549 do projeto, sendo aí incluída a hipótese do casamento realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges.

Parece-nos, neste caso, que o vício do casamento decorre da inexistência de mandato, portanto de ausência total de consentimento, o que levaria à inexistência do casamento e não de sua mera anulabilidade. No mínimo, deveria esta hipótese levar à nulidade do casamento.

Foi também incluído no rol do art. 1549 do projeto, como sendo hipótese de anulabilidade, o casamento celebrado por autoridade incompetente, que atualmente constitui-se nulidade sanável, prevista no art. 208 do CC. Neste sentido, parece-nos correta a alteração, na medida em que garantem-se aos nubentes os efeitos produzidos pelo casamento até a decretação d vício (efeitos *ex nunc*).

Reuniu o projeto, num único inciso, a duas espécies de vícios de vontade que cominam de anulabilidade o casamento: a coação e o erro (art. 1549, III). As hipóteses de erro essencial quanto à pessoa são previstas no art. 1556 do projeto, excluindo-se apenas aquela atualmente constante no inciso IV do art. 219 do CC, o “defloramento da mulher, anterior ao casamento, ignorado pelo marido”. Na verdade, a doutrina mais moderna já vem considerando como revogado esse inciso em razão da igualdade entre os cônjuges, consagrada na CF/88.

Por outro lado, incluiu-se também como hipótese de erro essencial, ao lado do defeito físico irremediável, “a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave, e que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”.

Quanto à coação, como vício de vontade a macular o casamento, é ela tratada no art. 1557 do projeto, que a caracteriza quando o consentimento “houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares”.

Mais uma vez parece-nos que não andou bem o projeto, ao procurar definir o que seja coação, deixando em aberto outras hipóteses que poderiam, ao senso do julgador, caracterizar coação. Suponha-se, por exemplo, que a situação de mal considerável e iminente diga respeito a um outro ente querido do cônjuge que não seu familiar? Um amigo íntimo por exemplo? Seu padrinho? Parece-nos realmente que a Lei não deveria cuidar de definir tal conceito, deixando essa tarefa para o juiz, diante de cada caso concreto.

Relativamente aos prazos para a anulação do casamento, o projeto: 1. mantém em 6 meses para as hipóteses de casamento de menor antes da idade núbil e de casamento do incapaz de consentir ou de manifestar de modo inequívoco a sua vontade (Art. 1559, § 1º, I respectivamente); 2. aumenta de 3 para 6 meses para as hipóteses de casamento de menor, acima da idade núbil, sem a autorização dos pais ou responsáveis (art. 1554); 3. mantém em 2 anos para a hipótese de casamento celebrado por autoridade incompetente (que passa a ser anulabilidade e não mais nulidade – art. 1559, II); 4. aumenta de 2 para 3 anos para as hipóteses de erro essencial quanto à pessoa (art. 1559, III); aumenta de 2 para 4 anos para a hipótese de coação (art. 1559, IV); 5. fixa em 6 meses para nova hipótese de anulabilidade acima referida: “Realizado pelo mandatário com mandato já revogado” (art. 1559, § 2º).

No capítulo destinado à eficácia do casamento (Cap, IX, arts. 1567 a 1573), o projeto incorpora as mudanças introduzidas no casamento pela Constituição de 1988, igualando marido e mulher quanto a seus deveres e obrigações.

Com algumas alterações, o projeto também incorpora ao Código Civil as regras da Lei 6515/77 e as que lhe sobrevieram, relativamente à disciplina da dissolução da sociedade conjugal, que passou a ser tratada em um capítulo próprio (Cap.X), contendo em relação à normatização atual as seguintes alterações: 1. Dentre as causas de dissolução da sociedade conjugal, o projeto inclui o novo casamento do cônjuge, após a declaração da ausência de seu consorte, por decisão judicial transitada em julgado. Portanto, a declaração de ausência permitirá novo casamento do outro cônjuge, que não será dissolvido caso seja revogada a ausência do mesmo no prazo de noventa dias da revogação (emenda 185 do Senado, ao art 1574 do projeto). 2. Ao se referir a separação judicial por culpa, o projeto altera o texto atual do art. 5º, *capuz* da Lei 6.515/77, para excluir o termo “conduta desonrosa”, passando essas hipóteses de separação a ser assim redigida: “Art. 1575. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro cônjuge ato ou conduta que importe em violação grave dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, nos termos do art. 1577”. 3. Reduz-se de 2 para 1 o prazo de casamento para a separação consensual. Essa redução se faz efetivamente necessária, uma vez que após um ano de separação de fato já é possível, segundo o art. 5º, § 1º da Lei 6515/77, a separação judicial. Assim, muitas vezes essa segunda hipótese de separação judicial vem a ocorrer, sem que as partes possam se separar consensualmente, impedimento até mesmo o juiz de converter uma ação de separação judicial litigiosa em consensual, por acordo entre as partes, porque

não presente ainda o prazo de 2 anos de casamento. Com a redução para a separação consensual, esse problema deverá deixar de existir.

O projeto incorpora ao Código Civil, nos capítulos destinados à filiação e à adoção, as inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo a situação atualmente vigente.

Quanto às relações de parentesco, inova o projeto reduzindo o limite do parentesco na linha colateral ao 4º grau (art. 1596).

O pátrio poder muda de nome, passando a chamar-se “poder familiar”, mantendo-se, entretanto, as mesmas regras do Código Civil, apenas, adaptando-as à Constituição Federal, quanto à não distinção entre as modalidades de filiação e à igualdade entre os cônjuges. A título de exemplo, estabelece o art. 1659, § único, como o texto que lhe foi dado por emenda do Senado Federal, que “divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Mantém o projeto como regime legal e bens no casamento, o regime da comunhão parcial de bens, podendo os cônjuges, em pacto antenupcial, disciplinar o que lhes convier quanto a seus bens. (arts. 1667 e 1668).

Inova-se, entretanto, quanto à possibilidade de alteração do regime de bem na constância do casamento, desde que essa alteração seja suficientemente motivada e requerida judicialmente. É o que dispõe o texto do art. 1667, § 2º do projeto, com a redação dada pela emenda 249 do Senado Federal: “É admissível alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvadas os direitos de terceiros”.

Omite-se o projeto quanto ao regime dotal, que já havia caído no desuso, e acrescenta um novo regime de bens convencional, ao lado do regime da comunhão universal da separação de bens, que é o regime de “participação final nos aqüestos”. De acordo com o disposto no art. 1700 do projeto, com a redação dada pela emenda 260 do Senado, nesse novo regime “cada cônjuge possui patrimônio próprio, e lhe caberá, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

Segundo esse novo regime, haverá a participação dos cônjuges nos bens adquiridos, a título oneroso, com o produto do esforço comum (art. 1700), sendo esses direito à meação não renunciável, cedível ou penhorável na vigência do regime de bens (art. 1710, com redação da emenda 264 do Senado). Difere daquele da comunhão parcial, na medida em que os bens adquiridos em nome de apenas um dos cônjuges será em princípio incomunicável, a menos que ocorra, quando da dissolução da sociedade conjugal, impugnação por parte do outro cônjuge, quando então passará a atuar a presunção relativa de esforço comum em sua aquisição, que poderá ser derrubada por prova em contrário feita por seu adquirente (art. 1709 e § único, com redação dada pela emenda 263 do Senado). Entretanto, durante a constância do casamento, o cônjuge titular do domínio não poderá alienar ou gravar os imóveis sem o consentimento do outro, garantido porém o recurso ao pedido de suprimento judicial.

Outra inovação de projeto no capítulo do regime e bens no casamento, diz à permissão de que o cônjuge, no regime da separação de bens, possa livremente alienar ou gravar seus bens móveis ou imóveis, sem a necessidade da outorga do outro (art. 1715, com redação da emenda 267 do Senado).

Finalmente, ainda quanto ao regime de bens entre os cônjuges, o projeto mantém as hipóteses de obrigatoriedade do regime de separação de bens, apenas igualando em 60 anos, para homem e mulher, a idade após a qual o regime de bens no casamento obedecerá obrigatoriamente a separação de bens (art. 1669, II, com redação dada pela emenda 251 do Senado). Diferentemente do que estabelece hoje o Código Civil, por força do art. 259, o projeto acaba com o chamado regime de separação simples de bens, com comunicabilidade dos aqüestos, mesmo no regime da separação obrigatória, pois a incomunicabilidade não precisa ser expressa em pacto antenupcial, antes decorrendo

do próprio texto expresso da Lei, no caso o art. 1669, que dispõe: “É obrigatório o regime de separação de bens no casamento, ‘sem a comunhão de aqüestos’”.

O projeto traz norma específica a respeito do bem de família convencional, prevendo o art. 1740 que os cônjuges podem, mediante escritura pública ou testamento, “destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, até o limite máximo de mil vezes maior salário mínimo vigente no País”. Igual direito se confere à terceiro, que poderá fazê-lo por testamento ou doação, dependendo de aceitação (§ único do art. 1740). O art 1741 do projeto limita ainda o bem de família ao “prédio residencial ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se, em ambos os casos, a domicílio familiar, e poderá abranger também valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”.

Em matéria de Alimentos, o projeto também provoca alterações, especialmente quanto aos alimentos entre os cônjuges. Cônjuges e parentes recebem tratamento igual neste aspecto, ficando definitivamente caracterizada a obrigação alimentar, em qualquer hipótese, como decorrente do princípio de solidariedade na família e, portanto do dever de mútua assistência entre os familiares, cônjuges ou parentes. Diz o art. 1722 do projeto, com a redação dada pela emenda 274 do Senado, que “Podem os parentes ou os cônjuges pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver do modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Mesmo em caso de culpa pela separação judicial, pode o cônjuge culpado pleitear do cônjuge inocente os alimentos necessários à sua sobrevivência, se não tiver parentes em condições de prestá-los e nem aptidão para o trabalho (§ único do art. 1732, com redação da emenda 276 do Senado). Já relativamente ao cônjuge culpado pela separação, vigorará a regra atual, devendo estes prover o sustento do cônjuge inocente, na medida de suas necessidades (Art. 1732, *caput*, com redação da emenda 276 do Senado).

O direito a alimentos passa a ser, pelo projeto, definitivamente irrenunciável, quer se trate de alimentos entre parentes, quer se trate de alimentos entre cônjuges (art. 1735, com redação dada pela emenda 278 do Senado). Neste último caso, o projeto traz norma diferente do entendimento atual do STJ, segundo o qual é válida a cláusula de renúncia a alimentos em acordo de separação judicial. O projeto, neste aspecto, restabelece a regra contida na Súmula 379 do STF modificada pelo STJ.

O projeto também procura acabar com a discussão a respeito da intransmissibilidade ou não da obrigação alimentar, provocada pela divergência na redação dos arts. 402 do CC e 23 da Lei 6515/77. Pela redação do art. 1728 do projeto, dada pela emenda 275 do Senado, a obrigação de prestar alimentos “*transmite-se*” aos herdeiros do devedor.

No título III do livro destinado ao Direito de Família, o projeto trata, timidamente e de forma incompleta, da União Estável. Ao invés de consolidar, aprimorar e incorporar ao texto do Código Civil as regras contidas na Lei 8971/94 e 9278/96, o projeto, através da emenda 288 do Senado Federal, traz apenas algumas pequenas referencias à união estável, impondo a maiores restrições à sua caracterização, a saber: 1. Exige para a caracterização da união estável a convivência, como se casados fosse, por mais de cinco anos consecutivos, prazo este que é reduzido para três anos quando houver filho comum. Como se sabe, o texto atual do art. 1º da Lei 9278/96 não exige prazo mínimo para a caracterização “união estável”, deixando a cargo do juiz, em cada caso concreto, avaliar a sua durabilidade e estabilidade. 2. Prevê para a união estável os mesmos impedimentos matrimoniais dirimentes e impedientes, estes últimos denominados no projeto de causas suspensivas: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos art. 1519 e 1520”. 3. Além disso, impõe também como requisito para a caracterização da união estável, não haver impedimento para o casamento, disciplinando que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Dessa forma, ficaria injustamente impossibilitada de ser reconhecida como união estável a convivência entre duas pessoas, quando uma delas for separada de fato ou mesmo separada judicialmente, pois em ambos os casos não é possível um novo casamento. 4. Fala ainda o projeto nos deveres pessoais gerados pela união estável, repetindo o que disciplina atualmente o art. 2º da Lei 9278/96. Diz o projeto que “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. 5. Estabelece para a união estável, como regime de bens, o da comunhão parcial,

salvo convenção entre os companheiros sem disciplinar, entretanto, a forma, requisitos e regime jurídico dessa convenção, mesma omissão contida na Lei 9278/96 e que tantos problemas vêm causando. 6. Para a conversão da união estável em casamento exige-se no projeto que o pedido seja formulado em juízo, e não diretamente ao cartório de registro civil, como hoje disciplina a Lei 9278/96.

Relativamente aos direitos sucessórios na união estável, o projeto, de acordo com a emenda 300 do Senado Federal, trata do assunto no Livro V, Do Direito das Sucessões, de certa forma ampliando os direitos hoje conferidos pela legislação extravagante, atribuindo ao companheiro/a sobrevivente direito à herança, concorrendo com os outros sucessores, nas seguintes condições: I se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por Lei for atribuída ao filho; II. se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um deles; III. se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV. não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Como se percebe, se de um lado o companheiro/ a passa a concorrer na sucessão, ao invés de ter apenas direito a usufruto, em caso de haver descendentes ou ascendentes, por outro lado passa para o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, só herdando a totalidade da herança em não havendo parentes sucessíveis.

Neste aspecto, o cônjuge sobrevivente passa a ter maiores benefícios sucessórios em relação à união estável, pois o cônjuge sobrevivente passa a ser herdeiro necessário, concorrendo a partes iguais com os descendentes ou ascendentes, herdará o cônjuge sobrevivente, antes dos colaterais (art. 1852 do projeto).

Entretanto, esse direito somente será conferido ao cônjuge que, ao tempo da morte, não esteja separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos *de cujus* (art. 1853, com texto da emenda 307 do Senado).

Além disso, somente para cônjuge sobrevivente mantém o projeto o direito real de habitação, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja ele o único imóvel daquela natureza a inventariar (texto do art. 1854 do projeto).

São estas as principais alterações provocadas pelo projeto do Código Civil no Direito de Família. Como se pode perceber, são, em sua maioria, alterações de pouco significado, pois apenas incorpora ao texto do Código as modificações já anteriormente introduzidas pela Constituição de 1988 e pela legislação extravagante. A verdade é que, se aprovado como saiu do Senado Federal, o novo Código já nascerá velho, desatualizado, ultrapassado e incompleto, especialmente na área que ora examinamos.

Nos eximimos neste trabalho de tecer considerações críticas a respeito dessas modificações, na medida em que ainda não temos um texto definitivo, além do que após sua promulgação haverá uma *vacatio legis* de um ano, suficiente para que todas as alterações sejam estudadas e aprendidas. Objetivamos, apenas, levar ao conhecimento dos estudiosos e interessados, o conjunto de modificações propostas, a partir de um teto já atualizado pelas emendas ao projeto aprovadas no Senado Federal. A isto se limita esta nossa contribuição.

Direito Constitucional

A Impossibilidade de Prisão do Depositário Infiel, o Pacto de São José e a Decisão do Supremo Tribunal Federal.

Luiz Alberto David Araújo
Professor da PUC-SP, Faculdade de Direito de Bauru e do
Curso Preparatório para Direito

Muito se tem discutido sobre o posicionamento do “Tratado Internacional”, especialmente o que traz de direitos individuais, na ordem jurídica. Não vamos, neste trabalho, cuidar da forma de incorporação

da ordem jurídica quanto ao seu aspecto formal. As teorias monistas e dualistas não serão objeto de análise neste trabalho.¹ O tema deste estudo não se refere à forma de ingresso (entendida como processo de integração), mas apenas em relação à hierarquia normativa dos tratados veiculadores de direitos individuais. Determinada a hierarquia normativa, veremos os reflexos de tal posição em relação ao “Pacto de São José da Costa Rica” que proíbe a prisão do depositário infiel.

Há autores que entendem que o “Tratado Internacional”, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, ingressaria (depois de formalmente em ratificado) como norma constitucional, mantendo, portanto, a situação de uma regra pétrea, já que faria incidir a imutabilidade do § 4º, do art. 60, IV, da Lei Maior.

Assim disciplina a regra que permitiria o ingresso e a integração ao plano constitucional:

“Art. 5º:... § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Dentre os autores que garantem posicionamento constitucional aos tratados que versem direitos fundamentais, podemos citar Flávia Piovesan, que afirma: “A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional”.²

No mesmo sentido, Antonio Carlos Malheiros, brilhante juiz do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, assim concluiu: “Diante de tais ensinamentos, pode-se concluir, com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias constitucionais.”³

Não concordamos com tal posição, *data venia*. Entendemos que os direitos fundamentais trazidos pelos tratados internacionais ou já estão incorporados ao texto constitucional, sendo apenas um desdobramento dos direitos elencados no art. 5º, muitas vezes de forma genérica, como o direito à vida, por exemplo, ou, se não tem previsão (mesmo que genérica), ingressam no sistema com estado de Lei ordinária.

A primeira hipótese (desdobramento de direito já garantido) se resolve por interpretação principiológica. Basta que o intérprete atente aos princípios elencados no Título I, da CF, para que possa retirar do “Tratado Internacional”, formalmente em ordem, todo o seu conteúdo constitucional. Nesse caso, “Tratado Internacional” não inova a ordem jurídica como desdobramento do comando constitucional já existente. Portanto, não se caracteriza como norma constitucional, mas como Lei ordinária que garante um direito já constitucionalmente assegurado. Podemos afirmar que, na realidade, a norma jurídica apenas veio explicitar o direito já garantido.

No segundo caso, (inexistência de previsão genérica no sistema constitucional brasileiro), o “Tratado Internacional” também ingressa na via ordinária, o modificando o regramento ordinário preexistente, caso com ele conflite.

De qualquer forma, não entendemos que haja ingresso no Tratado no Plano da norma constitucional. Pensar assim seria permitir que a Constituição Federal, que é rígida, pudesse ser modificada pela aprovação de decretos legislativos, já que tais espécies normativas é que seriam as necessárias para a aprovação e ingresso do Tratado.

Se o constituinte teve tanto cuidado no descrever do processo de emenda constitucional, exigindo *quorum* qualificado e dois turnos de votação (§ 2, do art. 60), iniciativa especial (incisos I, II e III do art. 60), não se pode permitir que a Constituição seja alterada por um decreto legislativo, espécie normativa prevista no art. 59, VI, que exige um *quorum* singelo de aprovação (art. 47).

Portanto, entender que o decreto legislativo pode servir de veículo para o ingresso de “Tratado Internacional” e que tal Tratado ingressa na posição de norma constitucional, seria admitir que há possibilidade de alteração da Constituição Federal pelo processo legislativo, ou seja, com a aprovação

da maioria simples (art. 47). Tal concepção fere o sistema constitucional que exige, para sua alteração, o processo especial e difícil previsto no art. 60. Não há espaço na interpretação para que se chegue à conclusão de que a Constituição federal possa ser alterada por maioria simples (*quorum* previsto no art. 47 para a aprovação do decreto legislativo – art 49, I).

Desta maneira, por entendermos que a Constituição Federal é rígida, tomamos a liberdade de refutar a posição daqueles que entendem que o Tratado que veiculasse Direito fundamental tornar-se-ia norma constitucional.

Partindo dessa premissa, que ou o Tratado já está contemplado na Constituição (sendo dela um desdobramento) ou quem é norma nova (sem tutela constitucional) e entendendo que ingressa no plano ordinário, passemos a decisão do E. STF.

Assim segue ementado o v. aresto: “HC 75.925. Relator Min. Maurício Corrêa. Ementa: *Habeas Corpus*. Prisão civil de depositário infiel. Alienação fiduciária. 1. A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º. LXVII). 2. Os arts. 66 da Lei 4.728-65 e 4º do Dec.-Lei 911-69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário do credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é inconstitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4. Os compromissos assumidos pelo Brasil em “Tratado Internacional” de que seja parte (§ 2º, do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do “Pacto de São José da Costa Rica” (“ninguém deve ser detido por dívida”, “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com limitação impostas pelo art. 5º, LXVV, da Constituição. Precedentes. 5. *Hábeas Corpus* indefiro.⁴

A decisão do Pretório Excelso, portanto, não aplicou o “Tratado Internacional” que ingressou regularmente no sistema. Afirma, no item quarto da ementa, que o tratado não poderia alterar a soberania do Estado-povo brasileiro. Vejamos algumas considerações sobre o tema.

O direito está claro. O art. 5º da CF, em seu inciso LXVII assim menciona: “Art. 5º. LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

O texto constitucional não apresenta qualquer dúvida. Vejamos, no entanto, a localização do dispositivo. Trata-se de norma de Direito individual, protetora da liberdade do cidadão. O art. 5º, como sabemos, está alocado no Título II, que se denomina “Dos direitos e Garantias Fundamentais” e faz parte do Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos).

Portanto, a regra está a garantir a liberdade individual, o direito de ir e vir, a liberdade de locomoção do indivíduo. Deixa claro que a prisão civil por dívida só pode ocorrer em duas hipóteses: inadimplemento inescusável de obrigação alimentar e depositário infiel. Tirantes essas duas hipóteses, não se pode falar em prisão civil por dívida. O texto constitucional, portanto, garantido a liberdade individual (pois o dispositivo está localizado dentre os direitos individuais e como tal deve ser interpretado), tratou de permitir ao legislador infraconstitucional criar apenas duas hipóteses e prisão civil por dívida. Mas o texto constitucional determina a prisão, imediata e direta, daquele que não cumpriu a obrigação alimentar ou daquele que não honrou o contrato de depósito?

A resposta só pode ser negativa.

A Lei Maior autoriza o legislador infraconstitucional criar hipóteses que já estão autorizadas pelo constituinte. A Constituição não determinou a prisão de todos os depositários infielis que poderiam ser presos a partir de sua singela promulgação em 5.10.1988.

A Constituição Federal trouxe a hipótese de autorização. Deixou que o legislador ordinário criasse hipóteses de prisão civil por dívida, dentro das hipóteses determinadas na Carta Magna. Portanto, na Constituição Federal há hipótese de autorização. Na lei ordinária, hipótese e criação.

Imaginemos uma hipótese de inexistência de Lei ordinária (ou diploma legal equivalente) que autorizasse a prisão do depositário infiel e surgisse a Constituição Federal de 1988, no dia 05.10.1988. Seria, sem legislação integrativa, possível prender alguém com fundamento no depósito descumprido? A resposta deve ser negativa, supostamente. Havia hipótese constitucional de autorização, mas não da Lei ordinária de autorização.

A Constituição Federal não autoriza a prisão. Autoriza que legislador infraconstitucional crie hipóteses de prisão para os dois casos mencionados. Não se pode perder de vista que a norma é de garantia da liberdade individual, produto de evolução secular dos direitos individuais.

Portanto, sem a norma infraconstitucional (Lei ordinária ou decreto-lei, no caso), não se pode falar em prisão de depositário infiel. A Constituição autoriza o legislador infraconstitucional a criar a hipótese, excepcional ao Direito de liberdade de ir e vir.

A legislação preexistente a 1988, constante do art. 66 da Lei 4.728/65 e 4º do Dec.-Lei 911/69 foram recebidas pelo sistema de 1988? Certamente que foram recebidas. Havia possibilidade, diante do permissivo constitucional, de prender por dívida (desde que fosse inadimplemento inescusável de obrigação alimentar e depositário infiel). Seria possível a Lei criar outras hipóteses? A resposta é negativa, já que apenas duas hipóteses foram autorizadas pela regra garantidora da liberdade individual do inciso LXVII do art. 5º, da CF.

Desta maneira, estamos a visualizar que a prisão vem a Lei e não da Constituição. Esta apenas autoriza o legislador ordinário a criar a hipótese.

Mas que efeito produziu o “Tratado Internacional”, na norma citada que repetiremos (art. 7º, item 7): “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

O “Tratado Internacional” foi objeto de decreto legislativo, integrado, portanto, a ordem jurídica brasileira.

Por esse diploma legal, ficou revogada a legislação ordinária (não houve, como visto, qualquer alteração constitucional) que autoriza a prisão do depositário infiel e continua autorizando.

O “Tratado Internacional” permitiu apenas uma hipótese de prisão civil, ou seja, a prisão do inadimplente de obrigação, alimentar.

A regra internacional, incorporada ao sistema legal nacional, operou alteração da Lei criadora da prisão civil do depositário infiel, não no inciso LXVII, do art. 5º, que, com é cediço, permaneceu intacto e nem poderia ser ameaçado pelo “Tratado Internacional”.

A partir do entendimento de que a Constituição Federal autorizou a criação, pelo legislador infraconstitucional da hipótese de prisão, entende-se que o Tratado só poderia ter agido sobre a Lei ordinária (hipótese de autorização) e nunca sobre a Constituição Federal (hipótese de autorização).

Portanto, não há que se falar em ferimento à soberania do Estado brasileiro, que pode, a qualquer momento, restabelecer, por Lei ordinária, a possibilidade legislativa ordinária.

Há, no caso, revogação de lei ordinária (e do decreto-lei mencionado), e não incidência sobre a Constituição. Houve revogação da hipótese de autorização. A primeira, por lei ordinária, esta por decisão constitucional.

O Tratado alterou a regra de criação, mas não incidiu sobre a hipótese de autorização, que poderá ser reeditada pela legislação ordinária.

Apenas para ilustrar, vamos ver como o Tratado, no ponto em que fala da prisão do inadimplente de obrigação alimentar é inconstitucional.

Partindo do mesmo pressuposto, a Constituição só permite a prisão do inadimplente de obrigação inescusável. Portanto, não é qualquer obrigação alimentar inadimplida que gera a prisão. Apenas a inescusável.

O Tratado, por seu lado, autoriza que qualquer inadimplemento de obrigação alimentar gere a prisão civil por dívida.

Ora, o texto constitucional é mais liberal (protege mais a liberdade individual) que o próprio Tratado que, se incidisse sobre a Lei ordinária, geraria uma inconstitucionalidade, trazendo hipótese mais gravosa para o indivíduo do que a constitucional.

Portanto, no caso do inadimplemento alimentar, o Tratado não foi recebido, por inconstitucional, devendo ser interpretado como sendo a obrigação inescusável.

Em resumo: a) os tratados ingressam pela via ordinária no sistema; b) os tratados de direitos humanos, veiculadores de direitos fundamentais, previstos no § 2º, do art. 5º, não ingressam no plano constitucional, mas no plano infraconstitucional; c) o “Pacto de São José” foi retificado regularmente pelo Brasil, ingressando na ordem jurídica como Lei ordinária; d) a Constituição Federal autoriza que o legislador infraconstitucional crie hipóteses legais de prisão de depositário infiel e inadimplemento inescusável de obrigação alimentar; e) há, portanto, hipótese de autorização (na CF, art. 5º, LXVII) e hipótese de criação (art. 66 da Lei 4.728/65 e 4º do Dec. – Lei 911/69). Só a ocorrência da hipótese de autorização não dá ensejo à prisão. O Direito de prender nasce com a hipótese de criação (e não apenas de autorização); f) o “Pacto de São José”, que proibiu a prisão de depositário infiel incidiu sobre a hipótese de criação (Lei ordinária), revogando-a, não sobre a hipótese de autorização (norma constitucional), já que demandaria o procedimento de emenda constitucional, mesmo assim sujeito ao crivo da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). g) sendo assim, a prisão do depositário infiel passou a ser ilegal (e não inconstitucional), por inexistência de norma de criação, revogada pelo “Pacto de São José”, decreto-legislativo que fez ingressar a modificação da hipótese de criação.

Notas e Referências Bibliográficas

PIOVESAM, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 1996.

Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado, Centro de Estudos, Série Documentos nº 14, São Paulo. 1996.

Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Seminário: Incorporação dos “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1997.

1. Sobre a matéria, a clara lição de Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, in “Normas internacionais de direitos humanos e a jurisdição nacional”, *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, 1997, pp. 25 a 38.

2. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 1996, p. 85.

3. “A prisão civil e os tratados internacionais”, in *Revista Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, Seminário: Incorporação dos “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”. São Paulo, 1997, p. 51.

4. In *Boletim Informativo STF* n. 96, pp. 9-10, 17.12.97

Direito Constitucional

O Futuro do Estado

Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

A proximidade do novo milênio estimula especulações futuroológicas. Que virá de novo? Que se passará nesse próximo milênio? São perguntas que todos os que pensam se fazem.

É evidente que ninguém, por mais instruído e dotado que seja, poderá prever com acerto esse futuro. Mesmo que seja ele mais modestamente circunscrito ao próximo século. Salvo se for um profeta, mas os profetas, além de raros, costumam expressar-se por metáforas suficientemente obscuras para permitir diversas interpretações.

Entretanto, sempre é possível identificar tendências que, se não alteradas por evento imprevisível, darão lugar a certos resultados que se podem, por isso, antecipar.

É exatamente isto que se vai tentar fazer no curso deste trabalho.

O Estado tal qual o conhecemos é, na linguagem das aulas e dos livros, apresentado ora como Estado-nação, ora como Estado soberano, embora seja comum apontar que a soberania esteja ultrapassada no mundo contemporâneo.

Que querem, porém, dizer essas expressões?

A primeira significa que o Estado se destina a abranger uma comunidade social determinada – a nação. É esta caracterizada, de modo geral, por uma etnia, uma língua, uma religião, uma história comuns.

Na verdade, os Estados “modernos”, ao surgirem no último período da Idade Média, na Europa ocidental, tiveram a nação como base. Eram eles a institucionalização de um poder voltado para a tutela dos interesses da nação determinada.

Disto resultou a idéia que foi, mais tarde, expressa no “princípio das nacionalidades”. Ou seja, o princípio de que cada nação deveria ter o seu Estado e que a cada Estado deveria corresponder uma única nação.

Este princípio, no século passado, levou à unificação da nação germânica sob um Estado, a Alemanha, conquanto parcelas da mesma ainda ficassem fora; da italiana, noutra, a Itália.

Prevaleceu ele ainda ao final da primeira Guerra Mundial, cujos tratados de paz, em nome de tal princípio, criaram vários Estados na Europa central, a partir do esmagamento do Império austríaco.

E a questão das minorias germânicas em Estados que não a Alemanha, como a Tcheco-eslováquia, foram um dos *casus belli* que provocaram a segunda Guerra.

É certo que sempre houve Estados plurinacionais, como a Suíça, em que comunidades diversas convivem pacífica e prazerosamente. São eles a exceção, a regra é a cada Estado corresponder uma nação.

Igualmente, registra a história numerosas tentativas de eliminar as diferenças nacionais, em nome de um ideal mais alto. Exemplo disto foi a URSS, a qual, em nome da união do proletariado em vista da sociedade sem classes procurou uma fusão de nacionalidades. O seu fim, porém, em grande parte decorreu do insucesso dessa política.

No mundo contemporâneo, não só o sentimento nacional continua vivo, como bem vivo.

Muitos fatos o demonstram. Um, a já citada persistência de nações depois de mais de cinquenta anos de política desnacionalizadora realizada pela URSS. Outro, a força com que se entrecrocaram nações até há pouco incluídas num Estado multinacional como a Iugoslávia.

Mas também pelo ressurgimento de nações que se imaginava absolvidas noutras, de cultura próxima, depois de séculos de acomodação. É o fenômeno que se vê na Espanha atual, com catalães, andaluzes e galegos, para nem falar nos bascos, reclamando o respeito às suas peculiaridades. É, na França, o reaparecimento do particularismo bretão etc.

Apesar disto, inequívoca é a tendência de os Estados atuais – Estados-nação, não raro com séculos e existências – procurarem unir-se em agrupamento políticos maiores. O exemplo mais claro é dado pela Europa, onde já se constituiu um novo ente político – a Comunidade, no caso a Comunidade Européia.

Esta associa alguns dos mais antigos Estados-nação como a França, Portugal, Espanha, e alguns dos mais importantes frutos do princípio das nacionalidades, com a Alemanha e o Itália, num ente novo que não é uma confederação nem um Estado federal, mas compreende elementos de ambas essas figuras.

Ora, isto significa não só a formação de um ente plurinacional, como o abandono da soberania, pelo menos no sentido próprio do termo.

O Estado-nação surgiu associado à idéia de soberania. Este termo, aliás, foi cunhado exatamente na época em que se afirmavam na Europa os Estados-nação.

Que vem a ser soberania?

É preciso ter presente que soberania vem de *suberanus*, superlativo do termo latino *super*, que significa o mesmo que *supremus*, supremo. Assim, quer designar um Poder que não reconhece outro mais alto, no caso e na época medieval, nem o do Papa, nem o do Imperador.

Decorrencia dessa “supremidade” é, em relação ao exterior, a independência, em relação ao plano interno, a supremacia, o comando, portanto, o poder de querer coercitivamente, ou seja, dar a lei.

O Estado contemporâneo ainda invoca a soberania. Disto é exemplo o Brasil, cuja Constituição, no art. 1º, I menciona exatamente a soberania como um dos “fundamentos” do Estado.

Contra isto muitos se insurgem, afirmando estar ultrapassada a idéia de soberania, em vista da afirmação de uma sociedade internacional e de um direito internacional superiores ao Estado.

Não lhes assiste, todavia, razão, a menos no plano da realidade. A sociedade internacional é antes um desejo idealista do que uma realidade concreta. O que dela mais se aproxima, a ONU, não passa de uma associação cujo poder – juridicamente falando – não prevalece sobre o dos associados. Por sua vez, o Direito internacional costumeiro – pois em relação às normas de tratados é evidente o caráter contratual – só prevalecem sobre o direito interno, quando a Constituição do Estado o aceita e na medida em que o aceita.

Assim o Estado contemporâneo é ainda um Estado soberano.

É verdade que essa soberania, *de jure*, é, *de facto*, desmentida pela realidade.

A independência do Estado, no plano externo, a supremacia de seu Poder, no plano interno, tem uma condição: força (poder) suficiente. Força suficiente, seja para obstar que outro Estado o sujeite à sua vontade, seja impor-se à contestação de grupos dissidentes.

Ora, esta condição muitas vezes faltou para os Estados que se declaravam soberanos, no passado, como falta, hoje, para a grande maioria dos Estados existentes. Nem por isso tais Estados admitem não ser independentes, nem comandar todo o seu povo ou em todo o seu território.

Sem dúvida, a consciência dessa insuficiência de poder é uma das razões que impelem os Estados europeus à associação-integração na “Comunidade”. Ela, em outros tempos, inspirou o surgimento de confederações de Estados, e destas a passagem para o Estado federal, como exemplifica a história dos Estados Unidos da América.

O principal fator, porém, que anuncia o fim do Estado “soberano” e o conduz à integração em entes como a citada Comunidade Européia (que poderão dizer-se soberanas...), é a globalização, mormente o aspecto econômico da mesma.

Realmente, as relações econômico-financeiras estão integradas no mundo contemporâneo. Por um lado, com as empresas ditas “multinacionais” (que melhor se designariam por “transacionais”) que espalham pelo mundo as suas operações, de tal forma que os seus produtos freqüentemente combinam “partes” manufaturadas em diferentes Estados. Daí a dúvida sobre o que é “produto nacional” e o que é “produto estrangeiro”? Uma motocicleta montada num País, composta de peças trazidas de fora, é “nacional” ou “importada”?

Por outro, com a acelerada circulação dos capitais ditos “de risco”, que faz todos os Estados serem tocados por ondas especulativas, especialmente depressivas, em razão de fatos ocorridos a milhares de quilômetros.

Ora, quanto a tais fenômenos econômico-financeiros, o Estado soberano atual é “pequenino” demais para ter controle sobre eles.

Isto para não se lembrar o óbvio, ou seja, que nenhum Estado contemporâneo é autarquia. Com efeito, nenhum se basta a si mesmo. E isto avulta quando se consideram certos “produtos” essenciais, como petróleo. A exceção talvez haja: os Estados Unidos. Mas estes habilmente preferem não raro consumir o que compram no estrangeiro, poupando o que existe no seu território – as “reservas”.

É de se perguntar se esse fenômeno, a globalização, não impele à fusão dos Estados soberanos existentes num Estado universal, numa sociedade universal. Nesse sentido, aliás, há muitas propostas e de ilustríssimos autores.

Não é absurdo levantar essa hipótese. A globalização, com efeito, é o fato de que, no mundo contemporâneo, tudo afeta a todos. Isto, no plano econômico-financeiro, como se apontou há pouco. No plano de segurança, é de há muito sabido que as grandes potências podem, com suas armas de destruição, aniquilar qualquer canto da terra: povo e bens reunidos.

E também no plano cultural existe uma acentuada interação. Dado o estágio atual das telecomunicações, ocorre uma transmissão “global” de informações. Assim, nas mais remotas partes do mundo, estão os indivíduos “presentes” ao que passa em todo o orbe terrestre. Isto, quanto a esportes e espetáculos, mas também quanto a acontecimentos, como sepultamentos de figuras ilustres, festividades especiais, e mesmo conflitos armados – guerras como a pouco, a guerra contra Iraque, transmitida ao vivo.

Isto aproxima os povos e contagia todos com o modo de viver típico dos Estados mais desenvolvidos, mormente os Estados Unidos. Basta olhar ao redor, em qualquer parte do mundo, para encontrar *jeans*, tênis, *Mcdonalds* etc. Para nem se falar nos estereótipos divulgados pelo cinema, hoje televisado.

Entretanto, há pelo mundo afora uma forte reação contra isso, mormente por parte dos adeptos de certas culturas tradicionais. Talvez os exageros dessa vulgarização da cultura “norte-americana” seja responsável por essa reação.

O exemplo mais flagrante dessa reação é o que se passa no seio de países de cultura islâmica. Neles, forte corrente – dita “tradicionalista” – insurge-se contra a “contaminação” dos costumes decorrentes da diabólica influência “ocidental” (ou “cristã”, embora o cristianismo tenha muito pouco, ou nada, a ver com o que se transmite nos meios de comunicação de massa do “Ocidente”). Essa reação provoca, inclusive, o morticínio dos suspeitos de aderir, ou tolerar, essa “deturpação”.

Outras culturas igualmente resistem a essa ocidentalização, como a chinesa ainda largamente confuciana.

Ora, essa reação, ou essa resistência, faz improvável, pelo menos a curto prazo, o Estado universal. Mas provável é a agregação dos Estados atuais em entes supranacionais, no estilo da referida Comunidade Européia. Agregação esta na linha das grandes culturas existentes.

A originalidade do ente Comunidade está em combinar elementos da Confederação de Estados com outros típicos do Estado federal.

Da Confederação adota ela a regra de possuir um órgão de cúpula – o Conselho - em termos paritários em relação a todos os Estados integrantes; o reconhecimento de que em tudo o que não concerne à Comunidade estes Estados se autodeterminam (o que quer dizer a permanência da sua soberania nesse campo exterior aos assuntos comunitário); a adoção do princípio da unanimidade para algumas deliberações fundamentais.

Do Estado federal segue a repartição de competências entre o todo, a Comunidade, e as partes, os Estados associados; a existência de um Parlamento composto de acordo com uma relativa proporcionalidade do número de habitantes de cada Estado; a aplicabilidade imediata das decisões dos órgãos comunitários no seio dos Estados associados independentemente de chancela de seus órgãos próprios; a existência de uma Corte de Justiça à qual os cidadãos de cada Estado podem recorrer, inclusivamente contra atos de seu próprio Governo etc.

A contrapartida da centralização resultante da instituição, na Comunidade, de um Poder supra-estatal é a exigência de um máximo de descentralização no plano de cada Estado. É isto aliás, uma necessidade nos Países onde a revivescência dos nacionalismos.

Por outro lado, é ela também reclamada para atender ao princípio da subsidiariedade que tem acompanhado, como contrapartida, o movimento pela formação de entes superiores ao Estado-nação.

Na Europa, por exemplo. o “Tratado de Maastricht”, peça fundamental da Comunidade, consagra o princípio da subsidiariedade. Ora, por este se entende que todo interesse social deve ser atendido pelo menor grupo em condições de fazê-lo, apenas podendo em relação a ele intervir grupo maior subsidiariamente. Quer dizer, se não for ao grupo menor possível satisfazer adequadamente esse interesse.

Das observações acima feitas resultam algumas conclusões lógicas.

A primeira é a de que, num futuro próximo – século XXI - não desaparecerá o Estado-nação.

Mas – é a segunda – estes Estados serão associados a entes de novo tipo – talvez “Comunidades”, na linha da européia.

Assim (terceira) não serão mais soberanos, no sentido exato do termo. Estarão eles sujeitos – mais seus cidadãos também – às regras postas pelos órgãos competentes da Comunidade. Não mais terão, por estarem presos às normas institucionais comunitárias, a “competência da competência”, marca essencial da soberania, segundo a visão clássica.

Na verdade, a noção de soberania perde sentido em face de tais entes.

Realmente, se os Estados – como se apontou – não mais podem dizer-se soberanos, a Comunidade também não pode arrogar-se esta condição. Basta lembrar que a Lei fundamental desta última são tratados entre Estados – adotados de acordo com as normas internacionais a isto aplicáveis e adotados e ratificados de acordo com o direito interno de cada Estado. Falta assim, também, à Comunidade a “competência da competência”.

Resta assinalar que, no seio de tais entes, os seus integrantes, os Estados, terão forçosamente de descentralizar-se (ou adotar solução específica) para atender à proteção e à autonomia de minorias

nacionais, quando existentes no seu território (quinta). Essa descentralização será outrossim imperativa para concretização do princípio da subsidiariedade, onde for ele consagrado.

Direito Penal e Processual Penal

Liquidação, Execução e Interpretação da Sentença.

Vicente Greco Filho
Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

A interpretação das sentenças, infelizmente, não tem merecido a mesma atenção que a doutrina, nova e antiga, tem dado à interpretação da lei ou dos contratos. E a deficiência e mesmo falta de preocupação a respeito por parte dos órgãos prolatadores tem causado terríveis problemas no momento da liquidação e execução dos julgados.

Já tivemos a oportunidade de ter em mãos sentenças transitadas em julgado que determinavam a correção pela variação do BTN ou outros índices não mais existentes no momento de sua liquidação e execução ou uma curiosa que, entre as verbas acessórias, condenava o réu nos “juros de praxe”.

São comuns, na liquidação, dúvidas, por exemplo, quanto à fórmula de cálculo dos juros, quanto à data base para eventual correção, sua periodicidade e a própria aplicação de índice de atualização monetária.

Para o encaminhamento da questão, temos que partir para um método de interpretação das sentenças que, antes de tudo, respeite a coisa julgada, no sentido de que a função do juiz da execução é declaratória e nada pode acrescentar ao comando já explícita ou implicitamente contido na sentença, na mesma linha de pensamento do dualismo jurídico no relacionamento entre direito material e processo, como expusemos em nosso *Da Interpretação de Terceiros*, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1991, pp. 25/26. Não é o caso neste momento de se fazer revisão das doutrinas ou de colocá-las em crise, mas é inegável a importância da função interpretativa do juiz por ocasião da liquidação e execução da sentença, momento em que o Direito encontra sua concreção máxima.

Creemos não haver necessidade de se criar teoria nova para a interpretação das sentenças, bastando aplicar os conceitos adequados da interpretação da lei e dos contratos.

Toda sentença contém um comando ou um preceito que se projeta para o futuro e deverá ser respeitado em momento histórico, próximo ou distante, mas sempre diferente daquele em que foi prolatada. Como todos os comandos que se projetam para o futuro (ou como toa as *normas*, no sentido kelseniano), liberta-se da vontade de seu criador, gerando possível discrepância entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*.

Nesses termos, na mesma linha de pensamento da interpretação das leis e dos contratos, o objetivo a interpretação deve ser o de buscar a *mens sententiae*, no momento histórico em que é ela cumprida ou executada, atuando na interpretação os conhecidos elementos ou critérios interpretativos, o gramatical, o lógico, o sistemático, o teleológico e o sociológico¹.

Não que não deva ser considerada a vontade ou intenção do julgador; será considerada e é importante, mas será trazida à colação no conjunto dos demais elementos interpretativos, como por exemplo, o contexto social do momento em que foi proferido, o seu próprio contexto e o contexto do momento da execução.

Aliás, a doutrina moderna repele veementemente a orientação do art. 85 do Código Civil, de que nas declarações de vontade deve atender-se mais à intenção das partes. O que vale e deve ser cumprido é o preceito, por seu conteúdo adequadamente interpretado *hic et nunc*, e não uma intenção que pode

estar absolutamente anacrônica e perdida no tempo. O fenômeno não é diferente da interpretação da lei.

Por ocasião dos embargos de declaração, o órgão julgador faz uma espécie de *interpretação autêntica* em que predomina a *vontade*, inclusive a criativa, daí se admitir, no caso, até efeitos modificativos. Sempre lutei no sentido e de que essa interpretação fosse feita também em grau de apelação pelos Tribunais, mas não tive sucesso, limitando-se aqueles apenas a dar, ou não, provimento ao recurso sem qualquer esclarecimento, mesmo não sendo a sentença clara. Na verdade, o que os Tribunais fizeram foi deixar plantada uma bomba relógio, para explodir no momento da execução.

Nesta, de maneira diferente do que ocorreria em embargos de declaração ou na apelação, tendo em vista a autoridade da coisa julgada, a interpretação passa a ser predominantemente *declarativa*, de explicitar o comando emergente do julgado, sem poder alterá-lo, exatamente em virtude da ocorrência da coisa julgada material, a imutabilidade da sentença ou dos seus efeitos.

No labor de interpretação da sentença deve-se buscar a sua vontade, o conteúdo de seu comando ou preceito, o que deve ser obtido por meio da identificação do ponto de relevância hermenêutica² de cada item e dela mesma, consistente na essência de sua vontade, ou seja, o que a sentença quer hoje, porque hoje é que está sendo cumprida, respeitada a coerência com a estabilidade da coisa julgada. Sem se esquecer, porém, no plano da conclusão, a possibilidade de a interpretação ser extensiva (ou analógica) ou restritiva.

Assim, para exemplificar, se sentença fixou determinado valor a ser atualizado por índice hoje não mais existente não quer dizer que a correção ou atualização tenha desaparecido, porque o ponto de relevância hermenêutica dessa disposição é a de que o valor monetário corresponda, o mais possível, ao valor atual, cabendo ao juiz da execução, interpretando essa vontade, determinar a aplicação do índice mais próximo da realidade monetária, sob pena de ofensa à coisa julgada, porque o que a sentença quer no caso não é índice *a* ou *b* mas a correção na sua essência.

Imagine-se uma sentença que em desapropriação tenha singelamente condenado a Fazenda, além do principal, no “juros legais”, pressupondo-se sempre que nesses termos transitou em julgado. Que seriam esses? A partir de quando seriam devidos?

Cabe buscar o ponto de relevância hermenêutica do dispositivo, ou seja, o que a sentença quer hoje. Preceitua a sentença, no caso, sem qualquer dúvida, o acréscimo de juros; a expressão “juros legais”, por sua vez, significa que a sentença quer que se apliquem aqueles juros que a ordem jurídica admite para a hipótese, mas, insista-se, a ordem jurídica em vigor no momento de sua execução, inclusive quanto à orientação jurisprudencial dominante independentemente do que vigorava a época. Assim, concluir-se-ia: devem ser acrescidos à condenação os juros moratórios, a partir do trânsito em julgado, e os juros compensatórios, a partir da imissão na posse, se houver, e nos percentuais consagradas atualmente pela jurisprudência a respeito.

Não se pode afastar, porém, o brocardo *in claris cessat interpretatio*.

No exemplo citado, ao contrário, se a sentença tivesse explicitado “juros simples de 1% ao mês” o comando emergente da sentença consagrada pela coisa julgada assim impor a liquidação, ainda que a decisão fosse contrária a toda orientação jurisprudencial da época e hodierna, porque a sentença transitada em julgado, já se disse, pode tornar o que é brando preto e vice-versa. Contudo é, em tese, admissível, em situações extremas, interpretação até ab-rogante, se a execução da sentença pudesse levar a uma injuridicidade.

Em suma, interpretar a sentença no momento de sua liquidação e execução: a) é inevitável, como na interpretação da lei, and a que *in claris*; b) deve buscar o ponto de relevância hermenêutica do que nela está disposto e do seu conjunto; e c) não é incompatível com a coisa julgada. Ao contrário, é exatamente respeitar a sua autoridade, and a que a execução deva proceder-se de forma, somente na aparência, diferente do que a literalidade do ato pudesse sugerir.

O problema como colocado, observe-se finalmente, está presente não apenas na definição do *an debeat* na liquidação propriamente dita, mas em qualquer execução de sentença, com até

dificuldades maiores. Veja-se, por exemplo, a execução das obrigações de fazer, em que a dinâmica dos fatos é muito mais acentuada. Ainda, como seria executada uma sentença em ação de alimentos que condenou o devedor a pagar 25% de seus vencimentos líquidos mediante desconto em folha de pagamento se, agora, não tem ele emprego fixo e trabalha como autônomo?

Notas e Referências Bibliográficas

1. V. por todos, sobre os elementos interpretativos, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, de Manoel A. Domingues de Castro, e *Interpretação e Aplicação das Leis*, de Francesco Ferrara, 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor Sucessor, 1978 e, entre nós, o clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Carlos Maximiliano, 8ª ed., RJ, Freitas Bastos, 1965.

2. Expressão de Emílio Betti para o elemento definidor do conteúdo das cláusulas contratuais, que vale o mesmo quanto às sentenças e suas cláusulas dispositivas. V. Emílio Betti, *Interpretazione della Legge e Degli Atti Giuridici*, Milão, Giuffrè, 1971, e *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tradução e Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Ed., 1979.

Direito Comercial

Aspectos Relevantes da Reforma da Lei 6.404/76, Pela Recente Lei 9.457/97*

Waldirio Bulgarelli
Professor Titular de Direito Comercial da
Faculdade da Universidade de São Paulo

Não obstante viesse já há tempos sendo discutida a alteração da Lei 6.404/76, conforme se verifica pelas inúmeras sugestões e pelos anteprojetos de lei a respeito, a Lei 9.457/97 conquanto tenha alterado 41 artigos e revogado em (o art. 254) e, portanto, tenha introduzido modificações de relevo na Lei 6.404/76¹ não atendeu integralmente a tudo o que se reivindicava, como ainda será visto.

Por outro lado, perante o conflito de interesses entre a maioria e a minoria, que permanece inarredável na dialética diuturna do poder nas sociedades por ações, é indubitoso que pendeu – aliás, como sempre, entre nós – para a maioria (ou pelo controlador se preferir), embora não tenha deixado de lado, integralmente, os reclamos dos minoritários, sobretudo, os detentores de ações preferenciais. Aonde, entretanto, parece ter ferido fundo foi em relação às alterações no direito de recesso e à oferta pública de ações, aliás, como predicava parte da doutrina representada por Alfredo Lamy Filho².

Antes de adentrar mais a fundo no exame da Lei 9.457/97, conveniente é que se recorde os primórdios da Lei 6.404/76 e sua evolução durante esses vinte anos de vigência.

A propósito, havemos de lembrar que a atual Lei 6.404/76 surgiu num contexto histórico importante, quando do País atravessa um fase de crescimento e modernização sobretudo em relação às empresas aqui sediadas; e mais do que isso, foi talvez o único diploma legal sujeito à discussão pública no regime autoritário, o que ensejou várias polêmicas, inclusive, acirradas.

Ademais disso, trouxe inúmeras inovações com institutos transladados de outros países, como por exemplo, o voto múltiplo, o acordo de acionistas, a subsidiária integral, as ações sem valor nominal e as escrituras, os grupos de fato e de direito e os consórcios, e ainda, talvez a mais importante, o conceito de controlador e suas responsabilidades³. Do que resultou após alguns anos, superada a crise que se instalara com a vigência prolongada do Dec.–Lei 2.627/40 – que, aliás, confirmou a tese de G. Ripert sobre os traumas que causam as leis novas -, absorveu-se a nova situação. E não obstante algumas críticas isoladas, pareceu a quase todos que a Lei era boa (não obstante como afirmava a Exposição de Motivos, tivesse um caráter experimental) e atendia em grande parte às necessidades dos interesses em jogo na economia. Tanto assim é que, quando completou dez anos de vigência, os pronunciamentos

a seu favor foram praticamente unânimes, destacando-se, a tal propósito, os elogios do Prof. Arnaldo Wald (Cf. RDM n. 62, p. 5 e ss.); o que ocorreu novamente, quando completou vinte anos de vigência, conforme ficou manifesto pelo pronunciamento da doutrina, em vários seminários realizados a respeito, como, por exemplo o do Instituto de Direito Comercial Comparado, anexo à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Algumas críticas e sugestões foram feitas, como aquela referente à necessidade de um Código Societário, sobre a estrutura e a função do Conselho Fiscal, e ainda a elaboração de uma perfeita separação entre companhias abertas e fechadas, afora, é claro, o sempre grande problema subjacente em todas as companhias, a saber: o conflito de interesses entre os minoritários e os controladores.

Já em favor da Lei os argumentos se centralizam nas inovações importantes que trouxe, em relação sobretudo à funcionalidade e praticidade dos seus institutos e pairando sobranceiro o conceito do controlador, com as conseqüentes responsabilidades.

Pode-se verificar então, até a pouco, que a Lei, apesar do seu alegado caráter experimental, sofreu, durante os seus vinte anos de vigência, poucas alterações de monta. Vale anotar a propósito; 1) a chamada Lei Lobão, 7.958, de 20.12.89 que restringiu o direito de recesso nos casos de fusão, incorporação e cisão de empresas, participação em grupos e alienação de controle, a qual gerou insuperável controvérsia; 2) a Lei 8.021 de 12.4.1990, que determinou que as ações das companhias seriam sempre nominativas; 3) a Res. 1.723 de 27.6.1990 do BCB que considerou como valores mobiliários as notas promissórias emitidas pelas companhias para negociação no mercado.

Quanto às alterações constantes da Lei 9.457/97 vê-se, conforme afirmamos, que não sendo em grande número, algumas porém são profundas; foram alterados 41 artigos acrescidos de §§, incisos e alíneas e revogados o art. 254 e os §§ 1º e 2º do art. 255, num texto como o da Lei 6.404/76 que contém 300 artigos mais 15 da Lei anterior, Dec. –Lei 2.627/1940, referentes às sociedades estrangeiras. Destarte a Lei 9.457/97 já chamada de *pequena reforma* introduziu suas alterações nos arts.

16,17,24,39,40,42,43,45,49,50,63,72,78,79,100,101,104,117,123,126,136,137,152,162,163,170,176,206,223,229,230,250,252,256,264,270,283,289,294, e revogados o art. 254 e os §§ 1º e 2º do art. 255, e ainda a Lei Lobão, afora, é claro, as alterações que introduziu na Lei 6.385, de 7.12.1976 que regula a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Tudo indica que a intenção do legislador foi a de: 1) corrigir dispositivos que se referiam as ações e obrigações ao portador e endossáveis, admitindo somente as nominativas; 2) atender a algumas reivindicações do mercado – como melhoria no tratamento dos minoritários, principalmente, os titulares de ações preferenciais e 3) fazer alguns ajustes tendo em vista o programa de privatizações. Entretanto, cabe advertir, desde logo, que manteve a supremacia do controlador, apesar de ter proibido a integralização de ações pelo controlador com bens estranhos ao objeto social, e ainda previu a melhoria dos honorários dos administradores, além, é claro, das alterações no direito de recesso, deixando fora a cisão, e na apuração do valor de reembolso, e ainda cancelando, através da revogação do art. 254 que a alienação do controle seja submetida à prévia apreciação da CVM e haja tratamento igualitário aos acionistas minoritários. Destarte, apesar de ter previsto um percentual de 10%, a maior aos dividendos preferenciais, nos casos que especifica no art. 17, não atendeu a maior parte das reivindicações do mercado, expressas, por exemplo, na Resolução da ABAMEC, no seu XIV Congresso, realizado de 28 agosto a 1º de setembro de 1996, chamada “Carta Rio das Pedras”, cujas principais propostas eram: Defesa do direito dos minoritários, inclusive com a maioria no Conselho Fiscal; Remuneração proporcionalmente maior as ações preferenciais; Melhor caracterização de abuso de poder para os acionistas controladores; Dividendos pagos em bases correntes; Melhoria da proporção de ações ordinárias e preferenciais; Manutenção do direito de recesso nos processos de cisão; Divulgação dos demonstrativos pela sistemática da correção integral, usando-se o IGP-M como índice, (Cf. texto do comunicado da ABAMEC, *in O Estado de São Paulo*, 5.9.1996).

A esta altura, é de todo conveniente realçar que uma certa doutrina, capitaneada pelo Prof. Alfredo Lamy Filho, de acordo com o seu artigo aqui já citado, pregava a atualização da Lei 6.404/76, sugerindo vários tipos de alterações não ajustáveis àquelas vistas acima. Assim é que o ilustre co-autor do anteprojeto que viria a se converter na Lei 6.404/76 partia de alguns pressupostos, ou seja: 1) de que as leis mercantis têm vida curta (o que aliás, consta da Exposição de Motivos da Lei 6.404/76, em que se afirmava que a Lei tinha um caráter experimental); 2) que essas leis tendem à universalização; 3) que

se tornavam, a partir da Revolução Industrial, leis da empresa mercantil, que ascendeu à condição de instituição dominante da sociedade moderna, ao lado da família e da escola. Em conseqüência, ao predicar o que chamou de atualização da Lei, entendia que se deveria; 1) corrigir as imperfeições de redação; 2) incorporar os preceitos das Leis 8.021 e 8.088 de 1990 que extinguiram os títulos ao portador e os endossáveis em branco; 3) e como o direito de retirada não resistiu ao teste da prática, concedê-lo somente na mudança de objeto ou de nacionalidade, como ocorre na legislação italiana. Avançava a propósito, que os investidores institucionais ficavam obrigados a exercer o direito de recesso toda vez que o valor patrimonial do reembolso fosse superior ao da Bolsa – a quase totalidade dos casos – e por isso sugeria que se deveria prescrever o valor do reembolso das companhias abertas, igual ao da cotação em Bolsa, ou restringir-se os casos de recesso.

Acrescentava ainda o Prof. Lamy outro preceito que a seu ver era prejudicial, ou seja, a subordinação da venda do controle à previa aprovação da CVM e posterior realização de oferta pública, preceitos contidos no art. 254 e §§ do art. 255, no respeito do tratamento eqüitativo. Invocando ainda a necessidade de colocação de certificados de depósitos de ações, no exterior, os chamados ADRs, entendia que se deveria reduzir o direito de preferência para agilizar as operações. E finalmente, alertava para a edição de preferências com direitos específicos, alegando que a Lei das Sociedades Anônimas é um sistema que não comporta alterações numa só peça, acentuando que se deve corrigir a questão das ações preferenciais sem preferências, e invocando a propósito a ação dos que chama de *especuladores desocupados*⁴.

Ficando claro, assim, ao menos em resumo o que se buscava com e pretendida atualização da Lei 6.404/76, tem-se que se o resultado não foi pífio pelo menos não atendeu aos reclamos de uns e de outros.

A propósito, o Dr. Nelson Eizirick, na obra aqui já citada, no resumo que se faz o que se chama *reforma* da Lei 6.404/76 pela Lei 9.457/97, acena para alguns pontos importantes. Assim é que quanto ao direito de recesso entende que se tentou impedir que se onere a concentração empresarial, através de fusões, incorporações ou participação em grupos de sociedades, na competição com as multinacionais, assim reduzindo os custos da privatização, nos casos de cisão e venda do controle; acena ainda para o sistema de reembolso que será pelo valor econômico-financeiro; que se eliminou a indústria de recesso e por fim que nas ações preferenciais acabaram-se com os dividendos a ela referidos, ligados ao direito de voto referido no art. 111, tese que encontra notáveis críticos.

Em nosso modo de entender, havemos de avançar, em forma resumida, que, do ponto de vista a bem dizer formal, deixou passar a oportunidade de realizar a reclamada sistematização das companhias fechadas e as abertas que se confundem ao longo de todo o texto da Lei, dificultando a tarefa de interpretação e aplicação; já do ponto de vista operacional, deixou de esclarecer certos pontos referentes aos acordos de acionistas e tendo ainda mantido o Conselho Fiscal como órgão colegiado, em que o controlador possui sempre a maioria, não esclarecendo, com a previsão que se impõe, a competência individual dos seus membros, assim como alguns pontos mais que estão a merecer reparos.

Pelo menos fez-se apenas alterações no texto da Lei em vigor, não se chegando ao absurdo de pretender promulgar um novo texto inteiro, como o que se vem pretendendo fazer, por exemplo, com a Lei de Falências e Concordatas.

Notas e Referências Bibliográficas

*Este texto contém na essência as várias colocações que fizemos nas conferências que pronunciamos sobre o tema em Ilhéus, Curitiba, Recife e Porto Alegre, durante os meses de setembro e outubro de 1997.

1. Nelson Eizirick aponta 26 alterações de monta; cf. *Reforma das S.A. e do Mercado de Capitais*, Ed. Renovar, 1997.
2. Cf. Considerações sobre a elaboração da Lei de S.A. e de sua necessária atualização, in RDM n. 104/pp. 86 e ss. 1966.

3. Cf. relação no meu livro *Manual das Sociedades Anônimas*, Ed. Atlas, SP, 8ª ed., 1996.

4. A respeito, o Dr. Nelso Eizirich, em sua obra aqui citada, aventa o que chama de *indústria de recesso*. A propósito, pensamos ter traduzido coerentemente o pensamento do eminente Jurista. A. Lamy Fº, o qual aqui foi resumidamente enunciado.

Direito Administrativo

Indenização Prévia na Desapropriação

Danilo Panizza Filho
Juiz da Fazenda Pública da Capital
Do Estado de São Paulo

O entendimento do que seja indenização a ser aqui analisado deve ser sob o especial prisma da desapropriação, embora sua compreensão tenha origem, no caso, gramatical.

Na linha gramatical, o dicionarista Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira, descreve que “indenizar” significa: “1. Dar indenização ou reparação a: compensar: ‘A justiça mandou que o patrão indenizasse os operários’. T.i.2. Dar indenização ou reparação a; compensar, ressarcir: ‘Indenizei-o dos gastos feitos por minha ordem’. P. 3. Receber indenização ou compensação” (cf. *Novo Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, 1ª ed., p. 762). Fica claro o caráter compensatório da indenização, devendo, literalmente, corresponder aos prejuízos sofridos; no caso da desapropriação, a indenização deve significar o pleno ressarcimento do bem afetado pelo ato expropriatório.

A obrigação reparatória constou expressamente prevista do art. 159, do Código Civil Brasileiro, cabendo ressaltar que o estabelecimento desta indenização é decorrente de ato ilícito.

No entanto, para o caso específico da desapropriação, a questão indenizatória não está circunscrita ao fato da ocorrência de que o ato seja ilícito, tendo em conta que o mesmo é lícito, apesar de induzir obrigação indenizatória.

A respeito do ato lícito danoso, o estudo de Elcio Trujillo, conclui como sendo “aquele que motiva danos ao participar ou a um grupo de particulares – em nome da superior valia do interesse público com efetivo sacrifício de direitos, não estando a reparação em conexão com a produção antijurídica de um dano, temos o ressarcimento como sendo conversão de direitos do lesado no seu equivalente pecuniário e não uma verdadeira reparação” (cf. *Responsabilidade do Estado por Ato Ilícito*, Ed. de Direito, ed. 1996, p. 100).

Anteriormente, a doutrina de Pontes de Miranda expressava do mencionado instituto, concluindo pela indenização por ato lícito “por ato que é exercício de Direito”. Daí, a conclusão de que o direito “à indenização pela desapropriação é Direito público; não é direito civil”. (cf. *Comentários à Constituição de 1967*, Ed. Forense, ed. 1987, Tomo V, PP. 498 e 469, respectivamente).

Desta maneira, sob o prisma do direito público, o ente expropriatório deve cuidar de que a indenização obedeça a plena reparação da perda da propriedade, uma vez que mesmo lícito o ato, é o mesmo indenizável.

Posição Constitucional

A anterior Carta Constitucional estabelecia em seu art. 153, § 22, a respeito da desapropriação por necessidade e utilidade pública, bem como por interesse social, mas ressaltando que “mediante prévia e justa indenização em dinheiro”, embora ressaltasse ainda a situação da desapropriação rural, como é o caso dos fins de reforma agrária, cabente à legislação própria.

Portanto, desde a anterior Constituição havia a previsão e exigência da prévia e justa indenização em dinheiro, para que ocorresse a desapropriação.

A expressão “prévia e justa” já induzia ao intérprete a considerar que o básico antecedente à consecução do ato de desapropriar seria demonstrar ao expropriado o montante em dinheiro correspondente. A prévia indenização é o que possibilita ao proprietário, que se viu desprovido de seu bem, de ter o numerário suficiente para outro adquirir e que seja assemelhado ao desapossado.

Esta valoração do imóvel deve ser justa, o que implica em ser apurada mediante trabalho avaliatório de perito judicial, de confiança do juízo, o qual observará os métodos técnicos adequados e estimará o valor prévio da indenização. Este requisito é básico para que venha a ocorrer a imissão prévia na posse do imóvel.

A este respeito lecionou Pontes de Miranda, no sentido de que:

“... a previedade é em relação à transcrição do título, que é a sentença (somente a transcrição opera a perda da propriedade, tratando-se de bens registrados) e em relação ao mandado de imissão, que o juiz não deve expedir antes de efetuado o pagamento ou depositada a quantia. No direito brasileiro, a indenização tem de ser prévia. De maneira que não se poder dizer que seja efeito da desapropriação; é meio para se obter a desapropriação. Ainda para a ‘posse provisória’, é preciso que se deposite o valor dela. A indenização há de ser justa” (cf. op. cit., p. 486).

Também Hely Lopes Meirelles havia destacado esta condição antecedente a expropriação do bem, quanto a sua consumação. Anotou que a fixação da indenização não ficava ao alvedrio de qualquer das partes e mesmo do juízo, mas sim obedecia “a ordem estabelecida pelo § 1º, do art. 15 da Lei Geral das Desapropriações, que é impositiva para todos” (cf. Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 13ª ed., p. 513).

Na verdade, a colocação doutrinária não contava com a plena acolhida da jurisprudência da época, a qual entendia, em muitos casos, que a estimativa ofertada pela expropriante expressava o valor justo e suficiente para o fim específico da imissão prévia na posse. Esta questão era controvertida. Mas, a avaliação prévia, através de técnico com atribuições para tanto era também um requisito que passou a constituir posicionamento ponderável, sem desconstituir, contudo, o entendimento do interesse público sobre o privado (particular).

O entendimento de que o valor ofertado depositado expressava o direito do órgão expropriante de imitir-se na posse do imóvel, não era coerente com os textos infraconstitucionais que estavam em vigor. O art. 15, §§ 1º a 3º, do Dec., - Lei 3.365/41, já exigia a ocorrência do depósito prévio, pois condicionava a imissão provisória “mediante o depósito” (§1º), prevendo em seu item “d” a atualização do valor. Mesmo o Dec. -Lei 1.075, de 1970, não dispensou aquela providência cautelar.

Com a nova Carta Federal, em 1988, a estrutura da desapropriação passou por alteração, embora esta matéria, neste tópico, não seja considerada por muitos intérpretes atuais. Mas, basicamente, em decorrência do posicionamento dos Juízes das Varas da Fazenda Pública de São Paulo, restou assentada corrente jurisprudencial no sentido da imperiosa avaliação prévia do bem expropriado para o fim da fixação da indenização, igualmente prévia, objetivando a correspondente imissão na posse do imóvel.

O direito à propriedade previsto na Carta anterior – art. 153, § 22 – atinente a ser direito e garantia individual do indivíduo, continuou a ser tratado nesta mesma qualidade, mas com o acréscimo de não constituir-se apenas num “direito” e sim também em “garantias fundamentais” do indivíduo, consoante estabelece expressamente o art. 5º, XXIV (da atual Carta), que por sua vez, mantém a exigência da “justa e prévia indenização em dinheiro”.

Ocorre ainda a atual Carta, no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, estabeleceu o capítulo da “Política Urbana”, o que antes não fazia, estabelecendo expressamente em seu art. 182, § 3º, que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas “com prévia e justa indenização em dinheiro”.

A decorrência desta disposição constitucional advém de outra, constante do *caput* do art. 182, no qual consta exigência do Poder Público, da conformidade das diretrizes gerais fixadas em Lei. Ora, se há esta prévia exigência do constituinte, significa que o órgão expropriante tenha um prévio

planejamento urbano que escore a sua pretensão expropriatória. Não apenas isto, mas também que tenha um respaldo financeiro previamente estabelecido, isto porque há que existir uma “política de desenvolvimento urbano” e a conformidade com “diretrizes gerais fixadas em Lei”. Em sendo assim estruturada a desapropriação, já que é um direito fundamental do indivíduo, deve haver, de maneira obrigatória, um orçamento que estabeleça condições financeiras ao ente expropriante, para que possa observar a exigência da indenização prévia.

As condições financeiras acima mencionadas devem expressar, além da indenização prévia também os encargos conseqüentes ao procedimento da desapropriação, como é o caso inclusive da remuneração do perito, despesas com assistentes técnicos, demais ônus próprios ao processo judicial, não incluídos na isenção dada ao Poder Público (v. RT, 591/119; RJT-JESP, 99/287; RTFR, 108/18, dentre outras).

Inegavelmente, a tendência é no sentido do pagamento antecipado da indenização, para os fins de imissão na posse, tanto que o próprio Superior Tribunal de Justiça adaptou posicionamento em tal sentido: RSTJ, 58/86 e RT, 706/169, resultando inclusive posicionamento de não recepção de dispositivos específicos do Dec.-Lei 1.075/70 (v. RSTJ, 46/380 e RSTJ, 48/389).

De fato, a continuação de interpretação que dispensa que o ente expropriante tenha solvabilidade para os encargos da desapropriação, não está a reconhecer a exigência constitucional do antecedente planejamento urbano e conseqüente orçamento financeiro, princípios que enunciam moralidade de conduta administrativa, coadunando-a a um plano diretor ou mesmo a questão social (art. 182, §§ 1º e 2º, CF), preservando ainda o direito fundamental do indivíduo, proprietário do bem afetado.

Além disto, não pode ser olvidado que o governo, em qualquer esfera do Executivo, se faz de forma estruturada e planejada, atendendo aos princípios intrínsecos do Direito Administrativo e de modo especial aos da legalidade, da moralidade, da razoabilidade e da isonomia que, por sua vez, coadunam-se com os correspondentes constitucionais.

Interpretação do Instituto Indenizatório

Como restou visto e analisado, deve representar o montante financeiro representativo de mercado, correspondente ainda aos detalhes peculiares do imóvel, como conservação, idade, benfeitorias em geral e outros pontos a ser justificado. A soma deste detalhamento irá proporcionar a apuração de valores unitários médios, os quais resultarão no valor indenizatório final.

Este resultado implicará numa obrigação do ente público expropriante de pagar “em dinheiro” o expropriado.

Tanto o art. 5º, XXIV, como o art. 182, § 3º, ambos da Carta Federal, foram expressos no respeitante a obrigação de pagar indenização justa “em dinheiro”. Isto significa que não há possibilidade de a Administração Pública exonerar-se do encargo constitucional desfazendo-se de bens públicos, o que eventualmente poderia ser cogitado.

A inviabilidade de prática desta encontra óbice de comando legal substantivo, pois o art. 67, do CC, é expreso quanto à regra de inalienabilidade dos bens públicos, considerando aqui ainda a questão da necessidade de procedimento licitatório para mencionado fim.

A recepção deste dispositivo legal é total em face do que estabelece o contexto constitucional reportado, no sentido específico da necessidade imperativa do pagamento das desapropriações, salvo as de “fins de reforma agrária” (art. 184), em dinheiro, exclusivamente.

A indenização prevista constitucionalmente deve ser interpretada como meio ágil e real de ressarcimento pelo perdimento da propriedade, de molde a estabelecer condições ao titular do domínio da possibilidade de reaver outro bem em condições assemelhadas.

Não pode ser considerado como juridicamente admissível ao Poder Público desconstituir a titularidade de um imóvel, desapossando o seu proprietário legítimo, seja direta ou indiretamente, sem restituir ao mesmo os meios equivalentes ao do que deixou de ter. O exemplo é de incumbência do

Estado aos seus cidadãos. Quando este lança mão de excepcional medida, com é o caso da desapropriação, tem a obrigação legal e constitucional de pagar de forma justa àquele que sofreu a perda do bem.

A finalidade da pronta indenização fica clara a partir do momento em que deve o proprietário ser reparado daquilo que deixou de ter, bem como pelo fato de que a retardada indenização nem sempre se constitui em justa, como prevê a Constituição.

O insigne Pontes de Miranda destacou situação pela inadmissibilidade de indenização em prestações e de retardo no pagamento, situação que ensejaria desvalorização ou até valorização diversa que reflete a avaliação que proporcionou a base da indenização, o que não significaria a “justa indenização”, valendo a citação:

“A Constituição de 1967, como a de 1946, fala de indenização em dinheiro. A explicitude afasta que se possa pensar, ainda em texto de Lei, em indenização por outros bens em dinheiro, inclusive bem semelhante, como terreno junto, do mesmo tamanho. Tampouco pode ser a prestações sucessivas, periódicas ou não. Se a indenização foi fixada, porém não levantada, sem ser por vontade do proprietário a que se desapropria, e.g., se houve recurso não provido do Estado, e ocorreu desvalorização do dinheiro ou valorização do bem, sem ser pelo fato futuro da desapropriação, tem-se de reavaliar o bem” (op. cit., p. 487).

A partir desta esclarecedora menção, fácil verificar da longa data que o Poder Público posterga o pagamento da indenização de sua obrigação, tanto isto é verdade que o art. 12, das Disposições Transitórias, da Carta Estadual, estabeleceu tabela de parcelamento anual para o pagamento dos créditos oriundos dos precatórios referidos pelo art. 57 e parágrafos da mesma Carta. Esta disposição, na verdade uma moratória constitucional, demonstra-se contrária ao disposto pelo art. 5º, XXIV, da Carta Federal, tendo em conta que ignorou indenizações que deveriam ter sido pagas de imediato e previamente, relacionando os respectivos créditos para pagamento em longos anos.

De pertinência exemplar é a citação de Wanderley José Federighi, a respeito da morosidade do pagamento pelo Poder Público:

“O que se tem visto, no que diz respeito à questão e estudo, é que, malgrado a pureza dos textos legais que dispõem sobre a execução contra a Fazenda Pública – tanto a Constituição Federal como o Código de Processo Civil – não há, lastimavelmente, garantia inabalável contra o pagamento moroso, o que tornou-se, no Brasil, absurdamente, uma regra. Ou seja, o Poder Público, mesmo guindado pelo princípio da necessária moralidade de seus atos, não se avexa de não honrar seus débitos no tempo oportuno.” (cf. *A Execução Contra a Fazenda Pública*, Ed. Saraiva, 1996, p.66).

Conclusão

Sem querer ser repetitivo, mas com o objetivo de melhor firmar a presente questão, deve ser considerado pelo intérprete do texto constitucional que o ato, de origem administrativa da desapropriação, visto que decreto, expressa uma excepcionalidade e desta maneira deve ser recepcional. Na verdade, através de tal ato será afetada a propriedade de um indivíduo, em que pese haver um cunho social nesta conduta da Administração, estará sendo retirado um direito e uma garantia individual do cidadão. Daí a especial atenção constitucional no sentido de que haja um prévio e ordenado planejamento urbano, atrelado ao também antecedente orçamento financeiro, nos quais serão incluídas verbas que proporcionarão suporte aos encargos conseqüentes daquele ato.

A nova configuração constitucional passou a exigir do governante, do administrador público, um trabalho planejado, estabelecendo previamente suas prioridades e demais atos implicadores de afetação de bens, passando a partir disto a procedimentos de ação, como é o caso da elaboração do ato expropriatório, o qual não tem manifestação de ser isolado, pois, deve ter origem em estudos prévios e bem pesados, pertinentes à esfera urbanística da cidade, havendo plenas condições de constar dos termos de previsão orçamentário-financeira.

Diante da postura imperativa do art. 182 e seus parágrafos, não parece haver possibilidade de desapropriações casuísticas. Não tem pertinência a desapropriação sem causa. Esta conduta da

Administração deverá estar atrelada na “Política Urbana”, observadas esta, o plano diretor (§ 1º), a função social da propriedade (§ 2º) e a prévia e justa indenização em dinheiro (§ 3º), esta última decorrente da imperatividade de observância daqueles anteriores dispositivos, ou seja, somente ocorre à desapropriação se existir um prévio planejamento e previsão orçamentária suficiente e real para a prática do ato.

Nesta linha também, não denota expressar a devida recepção constitucional texto de Lei que cerceia a conduta da previsão do ato e da indenização prévia em dinheiro ora sopesada. Toda e qualquer menção legal, anterior ou presente, no sentido de que estabeleça subterfúgios, estará contrariando o texto Maior, em especial a básica regra contida no art. 5º, XXIV.

Direito Administrativo

Aspectos do Princípio da Moralidade e Sobre o Âmbito de sua Aplicação

Fernão Borba Franco
Juiz da Fazenda Pública

“Não deixa de vir a propósito comentar: é o mesmo homem de leis, tão cauteloso e tão cético perante esta fórmula, o primeiro a pedir, nas petições e minutas, em nome conjunto da Moral e da Justiça, uma decisão favorável. Nunca vacila, então, a sua pena, nem geme a sua sensibilidade jurídica: faz a dupla invocação em letras bem gordas, a que acrescente ponto de exclamação bem visível!”

Antonio José Brandão

Dispõe solenemente nossa Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, que “a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade”.

Esse dispositivo legal, situado no Capítulo destinado à Administração Pública, evidentemente refere-se a todos os setores da Administração; refere-se, em suma, aos princípios que devem nortear todo o proceder do Estado, seja qual for sua função específica, não apenas à função administrativa residual de cada um dos Poderes do Estado. Os princípios acima referidos não se encontram isolados. Têm relacionamento com diversos outros, também constitucionalmente previsto, dentre os quais se destacam o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.

No dizer de Jorge Miranda, “somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas – por isso mesmo – não podem aprender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra. Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades; assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe”¹.

Como se vê, toda a atuação do Estado está jungida às suas próprias características que, por seu turno, encontram-se expostas na Constituição Federal. São os princípios e regras nela contidas que irão direcionar a atuação do Estado e suas relações com os particulares.

O princípio da igualdade é daqueles de maior importância. Segundo a conhecida definição aristotélica, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida dessa desigualdade, e é de natural percepção ser aplicável não só aos intérpretes da Lei como também ao legislador. O problema primeiro é determinar quem são os iguais e os desiguais e, em seguida, vem o passo não menos árduo de saber qual é a medida da desigualdade encontrada caso a caso. Em suma, “como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis”².

Neste momento importa, a respeito do princípio da isonomia, apenas determinar seu alcance e as dificuldades de sua implementação e verificação na prática. Em síntese, deixar claro que aos princípios expressamente enunciados no art. 37, *caput*, da CF, já referidos, também deve ser somado o da isonomia, da aplicação e observância indispensáveis pelo administrador, ou melhor, pelo Estado, inclusive pelo legislador. Entranhados estão, como se vê, em qualquer dos modos de atuação do Estado, os princípios da isonomia, moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade. Sob pena de nulidade do ato, devem ser eles observados constantemente. Elaborada a Lei, que se supõe dispensar tratamento isonômico, terá observância geral. Especificamente no que toca ao direito público, o princípio da legalidade tem conotação diversa da que possui quanto dirigida ao direito privado. Isto, porque o poder do Estado é limitado em benefício dos particulares, estabelecido que foi o princípio da legalidade como fundamento de direitos individuais³. Daí, no Direito privado o princípio da legalidade importa na possibilidade de fazer o que a Lei não proíbe (art. 5º, II, da CF) ao passo que o administrador público só pode fazer o que a Lei o autoriza.

A atividade privada e a atividade pública, contudo, têm seus limites. Os da primeira são os direitos de outrem, competindo ao Estado o dever de garantir o equilíbrio da ordem coletiva contra os excessos do individualismo; é esse o fundamento do poder de polícia, cujo sentido é o “de que este homem não perturbe” (Otto Mayer)⁴. Já o limite da atividade pública, que não pode ser incondicionada, é um desdobramento do princípio da legalidade: “a ação administrativa discricionária deve pautar-se pelo requisito essencial da finalidade como condicionamento da competência da autoridade pública”⁵.

Cabe aqui, porque parte importante do raciocínio que se está desenvolvendo, referir-se mais uma vez a Caio Tácito:

“Acolhida, amplamente, na generalidade dos sistemas administrativos, a noção de desvio de poder como tipo de ilicitude administrativo alcançou, entre nós, consagração legislativa e jurisprudencial”.

Sustentamos, em estudo especial sobre o tema, que a teoria de desvio de poder como vício de legalidade vai além do controle dos atos e contratos administrativos.

Tanto o desvio de Poder Legislativo, como o desvio de Poder Jurisdicional se pode caracterizar na medida em que o legislador ou o juiz destoem, de forma manifesta, do âmbito de seus poderes, que, embora de reconhecida amplitude, não são ilimitados e atendem a fins que lhe são próprios e definidos (RDA 188/1). O diagnóstico de compatibilidade da substância dos atos administrativos com a finalidade legal a que estão adstritos conduz a que o exame de sua validade não se contenha nos aspectos exteriores de manifestação de vontade.

O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do legislador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado.

E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexo causal entre os motivos e resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo.

O conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam razoáveis e o objeto do ato proporcional à finalidade declarada ou implícita na regra de competência”⁶.

Verifica-se, dessa maneira, que os atos do estado, como um todo, estão jungidos a esses princípios basilares, dos quais não podem desvincular-se, sob pena de nulidade. Como, no entanto, fazer esse controle?

A necessidade de motivação de alguns desses atos não é garantia suficiente para que o controle possa ser eficaz. Na verdade, é praticamente dispensável essa garantia específica, se centrada nessa finalidade, uma vez que o ato praticado com desvio de finalidade nunca é expresso; o praticante do ilícito busca, sempre esconder sua ilegalidade. Necessário, pois, que se busque em outros elementos a base para a anulação do ato eivado de algum desses desvios.

Para a finalidade deste estudo, consideremos especificamente o desvio de finalidade no ato legislativo, as chamadas leis casuísticas, “ato administrativo travestido de ato legislativo”, no dizer de Suzana de Toledo Barros⁷. É estudo no qual a motivação do ato não é parte integrante dele, tendo que ser buscada, nas mais das vezes, nos trâmites legislativos, nos debates que, muitas vezes, sequer ocorrem. Por isso, a autora referida sustenta que o princípio da proporcionalidade presta-se para esse controle, porque bastaria demonstrar que a Lei assim editada individualizada certa pessoa, impedindo que venha ela a colher novos destinatários no futuro. Sendo necessários fundamentos objetivos para lastrear o controle jurisdicional, “uma medida legislativa impositiva de tratamento especial pode ser duramente questionada se o seu exame intrínseco indicar esteja endereçada a certa pessoa”⁸.

Não me parece, contudo, a melhor solução. É certo que o vício da Lei dirigida a determinada pessoa ou grupo também se revela na desproporcionalidade; contudo, a desproporção é consequência do vício, não seu motivo, e como tal pode não se apresentar ou ser facilmente justificada (pela simples ausência de outro meio para a obtenção daquele resultado desejado pelo legislador). Explico melhor. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ocorre vício da Lei, por inobservância do princípio da isonomia, quando é voltada a uma pessoa identificável de imediato, sendo necessária sua destinação a uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada⁹.

A desigualdade, portanto, é a matriz da ausência de proporcionalidade. As dificuldades para isolar tanto um como outro vício são idênticas e, pelos motivos já expostos, grandes. A solução está no princípio da moralidade. O vício de imoralidade não se confunde com a ilegalidade e seu exame não se resume ao exame dos fins do ato impugnado, seja ele um ato administrativo em sentido estrito, seja ato jurisdicional, seja ato legislativo. Sim, porque o desvio de finalidade definido como prática de ato pelo agente visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência, é requisito de validade do ato administrativo; esse desvio, portanto, é vício de legalidade (art. 2º da Lei 4.717/65)¹⁰. Há quem sustente, ainda, que a prática de ato imoral acaba consistindo, direta ou indiretamente, na prática de ato ilegal, de forma que o recurso à imoralidade acaba sendo inútil.

Não é o que ocorre, contudo. O conceito de moral, em primeiro lugar, não coincide absolutamente com o conceito de legal; existem normas jurídicas vazias de conteúdo moral, como também existem normas morais vazias de conteúdo legal¹¹. Há, é certo, pontos de coincidência entre as esferas da moral e do legal, que podem explicar a assertiva acima referida, mas não são suficientes para fundamentá-la de modo absoluto. Em segundo lugar, e como corolário da primeira afirmativa, a Constituição não fez referência expressa à moralidade gratuitamente. Esse modo de ver é amesquinhar a norma constitucional, de inegável conteúdo ético.

Finalmente, há que se ressaltar um aspecto prático, mas da maior importância: o exame da intenção do agente, pelos motivos expostos quando se tratou, de passagem, da motivação, é dos mais dificultosos. Por isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a moralidade exigida deve ser mais objetiva que subjetiva: “Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”¹². Claro que o exame da moralidade não dispensa o exame do interesse público, que deve sempre prevalecer, a cada ato. Fique claro, contudo, que esse exame, embora importante, não é o único a ser feito, e sequer o de maior relevância. A existência da garantia constitucional à moralidade administrativa é mais do que isso; é inferência ética inegável a que estão submetidos os administradores da coisa pública, e não pode ser avaliado por critérios apenas jurídicos. Ocorre, no caso, interferência, desejada pela Constituição e por isso de observância necessária, entre as esferas do legal e do moral. O administrador público é, pois, como a mulher de César: a ela não basta ser honestas, deve ainda parecer honestas.

Examinemos, adiantado que foi nosso posicionamento, a doutrina a respeito da moralidade administrativa. O primeiro posicionamento a ser mencionado, dentre os que admitem a existência autônoma da moralidade administrativa, não a tendo como espécie de ilegalidade¹³, é no sentido de que a moralidade de que fala a letra da Constituição não é o conceito amplo de moral, equivalente à “moralidade comum” de que fala Hauriou, mas uma “moralidade jurídica” que, para o mesmo autor, consiste no ‘conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração’¹⁴. Tenta-se, assim, tornar um pouco mais objetivo o conceito, positivando-o de certa forma. Para outros, no entanto, essa posição não pode ser aceita; entende essa corrente de doutrinadores que o princípio da moralidade está mais ligado à própria moral que ao Direito, recorrendo à noção romana de bom pai de família e outros a “critérios morais”¹⁵.

Menção específica deve ser feita à posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que com base em lição de Jesus Gonzáles Peres afirma que “segundo os cânones da lealdade e da boa-fé a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte dos cidadãos”¹⁶.

Minha referência preferida, no entanto, continua sendo a de Antônio José Brandão; “o que afeta a juridicidade do ato em que o desvio de poder se concretizar é, principalmente, a imoralidade administrativa que consiste em produzir modificações lícitas da ordem jurídica para atingir fins metajurídicos, que não são fins de pública administração. O caráter não jurídico do ato resulta, neste caso, de um abuso que das prerrogativas da Administração faz o órgão dela. A Lei foi observada; mas a sua observância fez-se do desconhecimento da máxima profissional que requer honesto e verdadeiro uso da legalidade. O órgão que atua sob o império da paixão política, do zelo burocrático mal-entendido, ou erra, por deficiência de estudo, na apreciação dos fatos, ou pode cometer um desvio de poder, não obstante ter satisfeito as exigências legais. Eis porque o exame do desvio de poder não se confunde com o puro exame da legalidade ou da oportunidade do ato: é exame da sua regularidade jurídica, enquanto nela se reflete o intuito moral do agente na escolha do fim concreto a atingir”¹⁷.

Não devem ser aceitas as tentativas de objetivar o conceito de moralidade, que deve pautar todas as ações do Estado. O conceito do que é moral e do que não é moral é variável de acordo com a época e o local (lembremo-nos aqui, da grandeza territorial e da várias regiões, todas integradas, é certo, mas com costumes e convicções às vezes bastante diversas), não exatamente como as leis, que tendem a uma duração mais longa.

Na verdade, a Lei não pode dissociar-se da moral. Caso o faça, sua aplicação não é aceita por seus destinatários, ou inicia-se movimento para sua modificação. É o que ocorreu com o divórcio, com o concubinato e o que deve ocorrer com o Projeto de Lei da união entre pessoas do mesmo sexo, para que nos detenhamos em apenas um aspecto da sociedade que pode ser tutelado pela Lei.

O problema da Lei contrária á moral, no entanto, não se resume àquela vigente em descompasso com os valores morais da época. Pode ocorrer esse descompasso mesmo se o objetivo da Lei não tem nada de imoral.

Imaginemos uma hipótese em que a Lei de zoneamento de determinada cidade previsse que em certo bairro não seria permitida a construção de fábricas que produzem ruídos, ou prédios com mais de seis andares. Algum munícipe influente, sorateiramente, inicia a construção a de uma fábrica com essas características, ou de um prédio de quinze andares. A obra é embargada, mas logo depois é promulgada nova Lei Municipal, autorizando a construção proibida no local, sob o fundamento de que o crescimento que a cidade impõe sejam revistas às restrições à construção naquele local, concedendo anistia às construções ou atividades ilegais já iniciadas ou por começar.

Ora, essa nova Lei, a toda a evidência, é imoral. É Lei promulgada não com vistas à finalidade pública, ou até com vistas à finalidade pública, mas que contém em seu bojo inegável conteúdo imoral, que é o de beneficiar aquele importante munícipe que, assim, ganha várias vantagens (dentre elas, pro exemplo, o de adquirir o terreno por preço mais vantajoso, de conseguir local privilegiado para suas instalações antes da concorrência etc.). Essa Lei não pode produzir efeitos pois, apesar de formalmente legítima, é imoral.

A imoralidade não se refere apenas à conduta interna da Administração: não há falar-se, por isso, em critérios de moralidade objetiva. A imoralidade é imposição constitucional ao estado como um todo, seja nos atos administrativos (Poder Executivo), seja nos atos jurisdicionais (Poder Judiciário), seja nos atos legislativos (do respectivo Poder).

Rigor deve ser tido nessa aplicação, de necessário e desejável conteúdo subjetivo. Necessário, porque o conteúdo ético e variável do conceito do que é moral não permite que seja mantido em uma camisa de força, mesmo sob o fundamento de “segurança jurídica”, outro dos motes em voga atualmente para evitar controle mais positivo dos atos da Administração; desejável, porque alguma variação no entendimento do que seja ou não moral significa que a sociedade como um todo está e representada nos órgãos de controle. A diversidade não só está presente em uma sociedade democrática, como é desejável.

O controle dessa moralidade é o mesmo controle dos demais atos do Estado. Novidade nenhuma existe nisso. Resta dizer a esse respeito, que se espera não sejam tão tímidos os avanços, que os órgãos de controle, especialmente o Poder Judiciário, tomem posições mais positivas nessa censura moral dos atos do estado, não manifestando temor em adotar decisões sem cunho estritamente legal, mas sim com fundamento na moral subjetiva, para mencionar expressão consagrada, é isso o que lhes impõe a Constituição Federal e esconder-se atrás de fórmulas fáceis e pretensamente jurídicas significa ter conduta imoral¹⁸.

Afinal, o controle da moralidade dos atos do estado é uma necessidade, imposta constitucionalmente. Esse controle cabe a todos os órgãos encarregados da prática dos atos (controle interno), aos Tribunais de Contas e ao Poder Judiciário. Porque descende diretamente da Constituição, não pode ser amesquinhada. É função institucional da maior importância e prescindir da opinião dos poderosos de plantão, normalmente os beneficiados pelos atos imorais.

Continuação

Notas e Referências Bibliográficas

1. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra editora, Coimbra, 1993, tomo IV, p. 12.
2. cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 11.
3. Isso decorre da lição de Jorge Miranda, acima referida. Também a esse respeito, Caio Tácito, “O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto”, artigo, RDA 206, pp. 1/3.
4. cf. Caio Tácito, op. cit., p.3.
5. Caio Tácito, op. loc. cit.
6. Caio Tácito, op. cit., p. 4.
7. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996, p. 198.
8. Op. cit., pp. 199/200.
9. Op.cit.,p. 47. A afirmativa, no que toca á categoria de pessoas, deve ser compreendida adequadamente, isto é, dentro daquelas situações que não se sabe se a norma é manifestamente geral ou manifestamente individual (a respeito, *O Princípio da Proporcionalidade*, cit., p.198, nota 217).
10. Vide nota 13, a seguir.
11. A esse respeito, vide o estudo de Maria Sylvia Zanella di Pietro, *in Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 1991, pp. 98/107.
12. Op. cit., p. 111.
13. Principalmente na doutrina estrangeira, uma vez que a expressa referência constitucional à moralidade administrativa, entre nós, faz com que esse princípio seja aceito de forma autônoma, embora com contornos às vezes bastante diversos. Na doutrina espanhola e portuguesa, confira-se respectivamente a doutrina de Fernando Garrido Falla, para quem “ou se admite que a Lei impõe à Administração uma finalidade no uso de seus poderes, ou não; no primeiro caso há desvio de poder porque há infração dessa Lei; no segundo, não há infração, mas tampouco poderá falar-se em desvio de poder” (*Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, vol. I, p. 470), e de Marcello Caetano, que sustenta ser a determinação do fim do poder discricionário (único no qual admite o desvio de poder) “uma vinculação legal para o caso da prática de um acto administrativo” e, portanto, ocorre uma espécie de ilegalidade e não “mera imoralidade administrativa”, mesmo porque “a moralidade está acautelada pela Lei e nos termos por esta estabelecida” (*Manual de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1991, vol. I, pp. 506/512).
14. Com este posicionamento, José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, São Paulo, 1990, pp. 563/564) e Wolgran Junqueira Ferreira (*Princípios da Administração Pública*, Edipro, São Paulo, 1996, p. 66).
15. É a doutrina de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, São Paulo, 1990, pp. 79/80), que já adota um conceito mais abrangente, na esteira de Antonio José Brandão, no sentido de que deve ser sempre buscado o bem-comum, como se fora o Administrador um bom pai de família, com o uso de critérios morais que dão valor jurídico à vontade psicológica do legislador, referindo-se ele, aqui, a Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Também Lúcia Valle Figueiredo (*Curso*

de *Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1995, pp. 47/50) conclui no mesmo sentido, ao afirmar que “a razoabilidade, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade”.

16. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1996, p. 69.

17. *Moralidade Administrativa*, artigo, RDA 24, pp. 466/467.

18. É o mesmo caso do controle dos atos discricionários. Fácil à fuga ao seu exame, sempre dificultoso, com a utilização do mote padronizado a respeito, assemelhado ao “Daí a César o que é de César, a Deus o que é de Deus”. Na verdade, essa atitude é melhor descrita com a passagem bíblica constante de Mateus, 27, 24: ‘Pilatos, vendo que nada conseguia, mas que o tumulto aumentava, mandou trazer águas, lavou as mãos diante da multidão e declarou ‘Não sou responsável pelo sangue deste homem. Isto é lá convosco!’”. Não existem o “espantinho da Ordem Moral, ou, recém desembarcado da América do Norte, o espectro do Governo dos Juizes”, como já ironizava Antônio José Brandão (*Moralidade Administrativa*, artigo, RDA 25, p. 456).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1995.

Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996.

BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa*, artigo, RDA 25 pp. 454/467.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, Almedina Coimbra, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 1991.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da Administração Pública*, Edipro, São Paulo, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, RT, São Paulo, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

SILVA, José. Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, São Paulo, 1990.

TÁCITO, Caio. *O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto*, artigo, RDA n. 206, pp. 1-8.

Direito Ambiental

Emissões Veiculares como Fontes de Poluição Atmosférica

Maria Adelaide de Campos França
Juíza-Auxiliar da Corregedoria- Geral de Justiça

Uma mescla de diferentes gases, combinados de maneira diversa, constitui nossa atmosfera, considerada normal quando praticamente todo o seu volume (99,99 %) apresenta uma composição de

78, 09% de Nitrogênio, de 20,94% de Oxigênio, de 0,93% de Argônio e de 0,03% de Dióxido de Carbono.

A capa inferior da atmosfera – a troposfera -, na qual encontramos os seres vivos, compreende a camada de ar existente acerca de 12 km acima da crosta terrestre. Acima desta camada está a estratosfera, de aproximadamente 100 km de espessura, coberta pela ionosfera, onde a radiação ultravioleta (UV) da luz solar provoca reações fotoquímicas, formando moléculas ativadas ou decompondo moléculas em átomos ou íons.

Distante 25 km da Terra encontra-se a camada de ozônio, com espessura de cerca de 20 km. Formada de 90% de Ozônio – gás invisível, com cheiro marcante, composto de três átomos de oxigênio (O₃)-, atua como um filtro protetor do planeta contra os efeitos nocivos dos raios UV, sem o qual a vida, na forma em que a conhecemos, não seria possível.

Essa, a razão de a redução da camada de ozônio estar dentre os temas ambientais que têm merecido maior atenção dos Estados, das ONGs (Organizações Não-Governamentais) e de todos aqueles que se interessam pela preservação do equilíbrio ecológico.

O ataque de compostos químicos de longa duração, como o clorofluorcarbono e outros gases lançados no ambiente, contidos, por exemplo, nos sprays, nos produtos de refrigeração e nas resinas expandidas, e consideradas o responsável pelo que se denomina buraco de ozônio, que acarreta uma elevação da temperatura planetária com graves conseqüências climáticas – aumento do nível dos mares resultante do derretimento das geleiras, ocorrência de furacões e ciclones mais violentos e alteração das precipitações pluviométricas.

Embora o acúmulo de dióxido de carbono e de outros gases na baixa atmosfera permita a entrada dos raios solares, esse mesmo acúmulo impede a saída do excesso de calor e atua como uma gigantesca estufa. É o que conhecemos como efeito estufa. Define-o Pinto Ferreira como “a alteração climática da qual resulta o aumento da temperatura média da Terra. Esta mudança provém da emissão de gases que permitem aos raios solares alcançarem a Terra, porém, simultaneamente, bloqueiam a passagem da radiação térmica emitida pela superfície do planeta direcionada para o espaço.” (In *Comentários à Constituição Brasileira. v. 7, Glossário Ecológico*, Ed. Saraiva, 1995, p. 332).

Causa principal do efeito estufa, assinalada por Andrew C. Revkin, “é a própria civilização industrializada” (*apud* Pinto Ferreira, *op. cit.*, p. 284).

Qualidade do Ar

O lançamento ou emissão no ambiente atmosférico de determinadas substâncias que acabam por alterar as concentrações normais da troposfera é o que chamamos de poluição atmosférica.

Na Região Metropolitana de São Paulo, a poluição atmosférica tem como motivo básico a concentração de veículos automotores que, de difícil controle e quantificação, traduz-se na rotineira violação dos padrões de qualidade do ar.

Oportuno consignar que a qualidade do ar apresenta dois fatores que a determinam: a quantidade de poluentes emitidos na atmosfera e a capacidade desta de dispensar tais poluentes. Fenômenos meteorológicos influem, sobremaneira, no poder dispersor da atmosfera, tais como, inversões térmicas, ventos fracos, calmarias, presença de altas pressões etc. A própria topografia de determinada localidade tem interferência nesse poder dispersor de poluentes, valendo lembrar que a região metropolitana de São Paulo situa-se em área rebaixada do Altiplano Atlântico, facilitando a não dissipação de poluentes em razão do acúmulo, no fundo do vale, das camadas de ar frio, mais denso.

Veículos Automotores

Papel de relevância na qualidade do ar desempenha hoje as emissões dos veículos automotores, fontes móveis de poluição atmosférica. De acordo com o combustível utilizado, classificam-se os veículos automotores em leves, que usam gasolina e álcool, e pesados que tem como combustível o

óleo diesel. Todos eles, tanto os movidos a diesel como os a gasolina ou álcool, produzem gases, vapores e fuligem (material particulado, constituído por partículas de dimensões diminutas).

As emissões dos veículos leves – carros de passeio e utilitários movidos a álcool e a gasolina -, têm como origens a exaustão ou escape, a evaporação do tanque de combustível, do carburador (em certos veículos) e do cárter, sendo as resultantes do sistema de exaustão as mais significativas à degradação da qualidade do ar.

Nestes tipos de veículos, os poluentes emitidos em maiores proporções são os monóxidos de carbono, os hidrocarbonetos, os óxidos de nitrogênio e os aldeídos.

Veículos que usam como combustível o óleo diesel (veículos pesados) são representados pelos ônibus e caminhões. Também com relação a estes, as emissões mais significativas são as provenientes da exaustão. Não obstante emitam quantidade inferior aos veículos leves, de monóxido de carbono e hidrocarbonetos, são esses veículos (pesado) os responsáveis pela expressiva emissão de outros poluentes – fumaça, odor e óxido de nitrogênio, estes últimos, de baixa sensibilidade e alto poder irritante, são capazes de penetrar profundamente no sistema respiratório e de conduzir a sintomas semelhantes aos do enfisema.

Inegavelmente, o gás que mais polui São Paulo é o monóxido de carbono (CO) que, embora incolor, inodoro, insípido e não irritante aos olhos, acarreta sérios efeitos à saúde. Isso não irritante aos olhos, acarreta sérios efeitos à saúde. Isso porque, a hemoglobina – substância do sangue que captura as moléculas de oxigênio do ar para levá-las a todas as células do organismo como forma de alimentação –, é cerca de 210 vezes mais atraída pelo monóxido de carbono do que pelo oxigênio e, ao receber uma molécula de monóxido de carbono, forma a carboxihemoglobina, composto redutor da capacidade sanguínea da transportar oxigênio.

A fumaça preta, constituída basicamente por minúsculas partículas de carbono (fuligem), embebidas por substâncias oleosas, a seu turno, tem sua emissão agravada pela desregulagem dos motores diesel dos ônibus e caminhões. Este tipo de poluente suja o ambiente, deposita-se nas vias respiratórias e irrita as mucosas, havendo indícios de que alguns dos seus compostos tenham características mutagênicas e cancerígenas.

Proconve

Preocupada com a gravidade da poluição gerada pelos veículos, a Cetesb desenvolveu a base técnica que ensejou a edição da Resolução 18/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que estabeleceu o programa de Controle da Poluição do ar por Veículos Automotores (Proconve), o qual, complementado por resoluções posteriores e pela Lei Federal 8.723/93, dispõem sobre os limites máximos de emissão para veículos leves e pesados. A criação do Proconve teve como inspiração a experiência de países desenvolvidos, pioneiros na fixação de limites máximos de emissão aos veículos e motores, com base em ensaios padronizados e com a utilização de combustíveis de referência.

Por meio desse programa foram estabelecidas exigências e medidas preventivas de poluição, tais como, a de autorização especial do órgão ambiental federal para uso de combustíveis alternativos, a do recolhimento e reparo de veículos ou motores encontrados em desconformidade com a produção ou o projeto, e a de vedação da comercialização dos modelos de veículos não homologados segundo seus critérios.

Todos os modelos de veículos nacionais e importados devem ser, de maneira obrigatória, anualmente submetidos à homologação quanto à emissão de poluentes, oportunidades em que são analisados todos os parâmetros de engenharia do motor e do veículo relevantes a essa emissão, sendo também submetidos a rígidos ensaios de laboratório, onde as emissões reais são quantificadas e comparadas aos limites máximos em vigor.

O órgão técnico responsável pela implantação e operacionalização do Proconve em nível nacional, é a Cetesb, conveniada com o Ibama.

Segundo o Relatório de Qualidade de Ar no Estado de São Paulo – 1995, último editado pela Cetesb, “a concepção tecnológica do motor e as características de qualidade do combustível utilizado

são os fatores principais da emissão de poluentes”. Para obter a menor emissão possível, é necessário dispor de tecnologias avançadas de combustão e de dispositivos de controle de emissões, bem como de combustíveis “limpos” (de baixo potencial poluidor). Além disso, a compatibilidade entre o motor e o combustível é fundamental para o pleno aproveitamento dos benefícios que podem ser obtidos, tanto para a redução das emissões, quanto no desempenho, dirigibilidade, consumo de combustível e manutenção mecânica.

A gasolina com 22% de álcool e o álcool hidratado são dois combustíveis de baixo potencial poluidor, viabilizados de forma pioneira no Brasil, e que permitiriam que este país em desenvolvimento seguisse os mesmos passos tecnológicos dos EUA, Europa e Japão no controle da poluição veicular, porém em metade do prazo.

A disponibilidade dessa gasolina, no mercado nacional desde o princípio da década de 80, trouxe benefícios para o meio ambiente e para a saúde pública. Dentre eles pode-se citar a redução drástica na emissão de compostos de chumbo para a atmosfera, visto que o álcool é também um antidetonante substituto dos aditivos à base de chumbo. Além disso, a edição de álcool à gasolina trouxe, imediatamente, reduções da ordem de 50% na emissão de monóxido de carbono da frota antiga de veículos, bem como, reduziu a toxicidade dos compostos orgânicos emitidos e o potencial de formação de oxidantes fotoquímicos na atmosfera” (p. 50 do Relatório cit.).

Operação Rodízio

O art. 225 da atual Carta Constituição, ao atribuir ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, permite que medidas preventivas e repressivas sejam adotadas a fim de impedir ou de corrigir ofensas ao equilíbrio ecológico.

E, justamente porque os veículos automotores são as principais fontes de poluição atmosférica porque, o inverno é a estação que apresenta condições meteorológicas mais desfavoráveis à dispersão dos poluentes, demonstrou-se necessária a implantação da denominada “Operação Rodízio”, com vistas à restrição do uso de veículos nas áreas mais afetadas.

A proposta consiste em mobilizar a população para que os proprietários de veículos na Região Metropolitana de São Paulo deixem voluntariamente de circular com seu carro apenas por um dia na semana. Estabeleceu o art. 1º da Lei Estadual 9.358/96: “Fica o Poder Executivo autorizado a implantar Programa de Restrição à Circulação de Veículos Automotores na Região Metropolitana de São Paulo, durante o ano de 1996, na época compreendida entre o início de maio e o final de setembro, durante os períodos necessários para prevenir episódios críticos de poluição do ar, tendo em vista as condições climáticas e a concentração de poluentes em desconformidade com os padrões de qualidade legalmente estabelecidos. Parágrafo único. As proibições e limitações instituídas com base neste artigo não se aplicarão aos seguintes veículos: 1 – de transporte coletivo; 2 - táxis; 3 – de deficientes físicos; 4 – de transportes escolares; 5 – motocicletas; 6 – tratores, escavadeiras e similares; e, 7 – outros, empregados em serviços essenciais e de emergência, conforme definido em regulamento.”

Necessário salientar que a referida Lei não dispôs sobre normas de trânsito ou de transporte, mas sim, sobre matéria ambiental, remanescendo a restrição à circulação veicular mera questão incidental. Não houve, assim, invasão de competências; pelo contrário, no que concerne à competência do órgão editor da norma e ao campo material de sua abrangência, observou a Lei 9.358/96 a letra da Constituição Federal.

Destaque-se que o art. 24, VI, da Lei Maior, confere aos Estados competência concorrente para legislar sobre a matéria relativa à proteção do meio ambiente e controle da poluição. O art. 23, VI, da referida Carta, igualmente, atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, competência comum para traçar regras sobre a proteção ambiental e o combate à poluição, em qualquer de suas formas.

Saliente-se, outrossim, que houve estrita obediência, pela Lei 9.358/96, ao princípio constitucional da isonomia, consubstanciando no tratamento igual aos que se encontram em posições idênticas e, desigual, àqueles diversamente posicionadas.

A exclusão de seu âmbito de incidência dos ônibus, táxis e de outros determinados veículos, teve em vista a garantia do transporte coletivo e do transporte alternativo, o caráter essencial do transporte de escolares e de deficientes físicos, e a natureza do transporte de escolares e de deficientes físicos, e a natureza emergencial de uns poucos serviços.

Mandados de segurança impetrados nas Varas da Fazenda Pública da Capital trouxeram à baila discussão sobre a possibilidade de ofensa ao direito de propriedade e ao direito de ir e de vir pela restrição estabelecida pela Lei 9.358/96, o que mereceu pronto desacolhimento dos julgadores que, com seus fundamentos, enfatizaram a supremacia do interesse público sobre o privado.

Vale lembrar que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o particular é “verdadeiro axioma” que “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmado a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (in *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Ed., 6ª ed., 1995, p. 19).

Conclusão

Cada vez mais, revela-se manifesta a necessidade de o Poder Público executar, de maneira permanente, um controle da emissão indiscriminada e abusiva de substâncias que interferem na qualidade do ar e que trazem sérios riscos à saúde e ao meio ambiente.

Medições efetivadas pela Cetesb levam-nos a inferir que, principalmente, durante os períodos mais desfavoráveis à dispersão de poluentes, são excedidos, na Região Metropolitana de São Paulo, principalmente em razão da concentração dos veículos automotores, todos os padrões de qualidade do ar referentes a materiais particulares (fumaça e fuligem) e a gases tóxicos.

À evidência, portanto, normas de trânsito e de transporte devem ser objeto de regramento pelos Estados quando seus reflexos alcançam questões de proteção ambiental.

Um tráfego urbano organizado e uma correta e adequada política de transportes, com planejamento da otimização do sistema e do uso de veículos automotores, são medidas determinantes da diminuição da poluição ambiental e da melhoria da qualidade de vida na cidade.

A concretização dessas metas depende não somente de vontade do administrador, como também, da conscientização da população a atender regras que restrinjam interesses individuais para favorecer um interesse maior, erigido à categoria de bem comum do povo pela Carta Constitucional de 1988 – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Debate

“Magistrados para o Terceiro Milênio”

Francisco Carlos Inouye Shintate
Juiz de Direito Auxiliar da Capital

Muitas e aflitivas são as questões sobre a Magistratura que se opõem neste final de milênio: o que somos, a quem servimos, o que pretendemos? E, para cada resposta que se pense, tantas outras questões surgirão.

Vivemos uma crise de legitimidade do modelo de Estado clássico, que não mais é capaz de resolver os conflitos cotidianos. A sensação de impotência e de desordem em meio a reformas legislativas constitucionais e movimentos reivindicatórios de toda a espécie nada mais são do que reflexo desta crise.

Neste contexto de mudanças conjunturais e estruturais, nem sempre favoráveis à Magistratura, assoma a importância de se ter, no seio da instituição, um arcabouço de nosso ideário. Não será o que este, ou aquele, ou aquele outro magistrado pensa que representará o projeto da Magistratura, mas a

discussão e o debate propiciarão o amadurecimento de idéias que com certeza auxiliarão no aprimoramento do Poder Judiciário.

Tem-se, portanto, que em um ambiente em que a todos seja dado sustentar sua posição, e a nenhum impor as suas verdades, surgirá, ao final do processo dialético, um projeto de magistratura que atenda aos ideais de justiça e democracia. O desafio é hercúleo, por certo, mas igualmente certo que é necessário dar-se um passo por vez.

O primeiro passo rumo à magistratura do terceiro milênio consiste na percepção do que é magistratura hoje. Há que se evitar a posição cômoda dos que negam a existência de distorções, e atribuem todas as críticas a uma campanha orquestrada pela mídia contra a magistratura, atendendo aos interesses de grupos econômicos e da classe política. O diagnóstico é doloroso: O Judiciário, visto de maneira global, é claro, lento e ineficiente.

Os custos com que uma pessoa interessada em ajuizar ação deve arcar limita o universo de situações de conflito levadas ao Judiciário. Nestes custos devem-se incluir não apenas as custas e despesas processuais propriamente ditas, como também honorários advocatícios e despesas não-processuais decorrentes do prolongamento da lide até final solução judicial.

No que concerne à lentidão do Judiciário, ainda que aos olhos dos operadores jurídicos o prazo médio de duração de uma ação em nosso sistema jurídico seja razoável, para o leigo mostra-se inadmissível que a solução de seu problema leve anos.

Quem foi réu sabe o que é ter seu nome constando em certidão positiva, e a verdadeira morte civil que disto decorre.

A ineficiência do Judiciário estampa-se na baixa produtividade de seus servidores e de seus agentes políticos. A comparação entre a produtividade de um servidor público da Justiça e a de um escrivão de mesma qualificação mostra-se cruel, para não dizer a comparação entre a produtividade de um magistrado e a de um executivo.

Há que se distinguir, dentre as causas destas disfunções, duas ordens de deficiência: as que decorrem do ordenamento jurídico-processual, e as que decorrem da estrutura administrativa do Judiciário.

O atual sistema jurídico-processual padece de deficiências históricas que em muito dificultam a rápida solução dos conflitos. Resumidamente, qualquer sistema que privilegia em demasiado a possibilidade de correção das decisões, a pretexto do exercício da ampla defesa e do contraditório, não consegue ser funcional. O desequilíbrio no binômio segurança jurídica-rapidez na prestação jurisdicional, como se vê hoje, implica na perda de legitimidade do Estado.

A estrutura administrativa do Judiciário, pode-se dizer, padece dos mesmos vícios da estrutura do Executivo e do Legislativo: funcionários de baixa produtividade e qualificação, excesso de níveis hierárquicos, pouca racionalidade em suas rotinas de trabalho. Em uma imagem tosca, assemelha-se estruturalmente à organização sóciopolítica da Idade Média, em que os barões, condes e viscondes tem poder absoluto em seus feudos, embora prestem vassalagem ao imperador.

Não é este, por certo, o Judiciário que pretendemos para o próximo milênio. Surge, então, tormentosa questão: qual é o Judiciário que pretendemos?

Não temos a pretensão de, nesta breve exposição, apresentar um modelo de Judiciário como peça acabada. Como já dissemos, cremos em que do debate de idéias haverá de surgir um modelo de Judiciário factível e adequado o seu tempo. Lançaremos, apenas, algumas idéias para debate.

O aperfeiçoamento do Judiciário depende, por certo, de alterações legislativas e administrativas que permitam corrigir as distorções eventualmente existentes.

Assim, é necessário que se reduzam os custos com que um interessado deve arcar para ajuizar demanda, quer processuais, quer extraprocessuais. Tais medidas implicam em adequar as custas e despesas processuais ao nível econômico dos jurisdicionados, bem como alterar a fórmula de cálculo e

destinação dos honorários advocatícios, bem como de outras exigências processuais com reflexos patrimoniais.

Igualmente necessário se mostra atenuar a lentidão processual, com a redução de prazos e limitação da possibilidade de recursos, visto que hoje uma das maiores críticas ao judiciário refere-se à sua lentidão. É preciso abdicar da posição de defesa acadêmica do sistema processual recursal, e procurar-se solução menos doutrinária e mais efetiva na realização da justiça.

Tampouco se pode olvidar a necessidade de melhorar a produtividade do aparelho judiciário. A sua estrutura administrativa deve ser redimensionada buscando padronização de rotinas de trabalho, profissionalização do quadro de servidores, com a criação de quadros, séries de classes e classes diferenciadas de acordo com as atribuições exercidas, treinamento, organização e método.

Superada e respondida questão do modelo de Judiciário pretendido, exsurge questão tão tormentosa quanto aquela, se não mais: como concretizá-lo?

No que se refere às alterações legislativas, faz-se mister a criação de canais de comunicação com os órgãos legislativos, a fim de que os magistrados possam também apresentar proposta de legislação processual e material que entendam mais adequados, à vista de sua experiência na interpretação e aplicação das leis.

No que se refere às alterações administrativas, urge o detalhamento e a divisão, entre os órgãos diretivos do Judiciário, das funções de planejamento, de execução e de controle, o que implica em alterações legislativas e regimentais.

Em suma: é extraordinário o desafio para a magistratura no milênio que se aproxima. E cremos em que ninguém será melhor habilitado para solucioná-lo do que aqueles que a exercem e que conhecem em profundidade as suas virtudes e as suas deficiências.

Neste contexto, assoma a importância da Escola Paulista da Magistratura como foro de debates, ao propiciar um ambiente em que seja possível a discussão franca e aberta, ainda que fraterna e democrática, dos temas institucionais de relevo, para que a síntese das mais diversas idéias propicie o aprimoramento da Magistratura.

Debate

O Velho Senado

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

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, estabelecia que o senado era composto de membros vitalícios, com idade mínima de quarenta anos. O candidato deveria ser “pessoa de saber, capacidade e virtudes, com preferências os que tivessem feito serviços à Pátria”. A eleição era em âmbito provincial, organizando-se em lista tríplex, onde recaía a escolha da Coroa.

Era uma câmara de representantes do povo, mais idosos, formada de notabilidades políticas, administrativas, judiciárias, militares, intelectuais e industriais, a quem a Constituição dava a inamovibilidade só em vista de alto interesse político, em contemplação não de uma época qualquer de paixões sociais, sim do futuro inteiro e grandioso do Brasil (José Antonio Pimenta Bueno, *Direito Público Brasileiro a Análise da Constituição do Império*, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1958, p. 57).

A Câmara dos Deputados era a representação ativa do progresso, dos interesses locais e móveis; o Senado devia ser o representante das idéias conservadoras e do interesse geral como predominante. Tirado do Senado o caráter vitalício, muito renovado pela morte, perderia ele a sua melhor garantia.

Não fosse diferença das duas câmaras, fossem em tudo homogêneas, inútil seria a sua divisão; sujeitas às mesmas condições, dariam os mesmos resultados (*idem, ibidem*, pp. 55/56).

O Senado do Império Brasileiro funcionava no belo edifício que fora residência do Conde dos Arcos, no Campo de Santana, onde hoje se encontra a Faculdade Nacional de Direito (cf. desenho *in* Octávio Tarquínio de Sousa. *A Vida de D. Pedro I*, tomo III, p. 52, José Olympio, RJ, 1972).

Um retrato do velho Senado, por volta de 1860, nos oferece Machado de Assis, então jovem repórter do “Diário do Rio”, que acompanhava diariamente as sessões (*Páginas Recolhidas*, Jackson, 1946, pp. 149/168). Deixemo-lo depor: “Os senadores compareciam regularmente ao trabalho. Era raro não haver sessão por falta de *quorum*. Uma particularidade do tempo é que muitos vinham em carruagem própria, como Zacharias, Monte Alegre, Abrantes, Caxias e outros, começando pelo mais velho, que era o Marquês de Itanhaém.”

“Para avaliar bem a minha impressão diante daqueles homens que eu via ali juntos, todos os dias, é preciso não esquecer que não poucos eram contemporâneos da maioridade, algum da Regência, do primeiro reinado e da Constituinte. Tinham feito ou visto fazer a história dos tempos iniciais do regime, e eu era um adolescente espantado e curioso. Achava-lhes uma feição particular, metade militante, metade triunfante, um pouco de homens, outro pouco de instituição.”

Machado vai desfilando a galeria dos personagens: “O Senado contava raras sessões ardentes; muitas, porém, eram animadas. Zacharias fazia reviver o debate pelo sarcasmo e pela presteza e vigor dos golpes. Tinha a palavra cortante, fina e rápida, com uns efeitos de sons guturais, que a tornavam mais penetrante e irritantes. Quando ele se erguia, era quase certo que faria deitar sangue a alguém.”

“Não faltavam oradores, uma só vez ouvi falar a Eusébio de Queiroz, e a impressão que me deixou foi viva; era fluente, abundante claro, sem prejuízo do vigor e da energia. Falou na qualidade de chefe do partido conservador, ou *papa*; Itaboraí, Uruguai, Saião Lobato e outros eram *cardeais*, e todos formavam o *consistório*. Era justamente respeitado dos seus e dos contrários.”

Nabuco, outra das principais vozes do Senado, era especialmente orador para os debates solenes. Não tinha o sarcasmo agudo de Zacharias, nem o epigrama alegre de Cotegipe. A palavra do velho Nabuco era modelada pelo oradores da tribuna liberal francesa. A minha impressão é que preparava os seus discursos, e a maneira por que os proferia realçava-lhes a matéria e a forma sólida e brilhante. Gostava das imagens literárias: uma dessas, a comparação do poder moderador à estátua de Glauco, fez então fortuna. O gesto não era vivo, como o de Zacharias; mas pausado, o busto cheio era tranqüilo, e a voz adquiria uma sonoridade que habitualmente não tinha.

“Um dia vi ali aparecer um homem alto, suíças e bigodes brancos e compridos. Era um dos remanescentes da Constituinte, nada menos que Montezuma, que voltava da Europa. Era um tipo de velhice robusta. Ao meu espírito de rapaz afigurava-se que ele trazia ainda os rumores e os gestos da assembléia de 1823.”

“A figura de Paranhos era alta e forte. Não é preciso dizê-lo a uma geração que o conheceu e admirou, ainda belo e robusto na velhice. Nem é preciso lembrar que era uma das primeiras vozes do Senado. Costumava falar com moderação e pausa; firmava os dedos, erguia-se para o gesto lento e sóbrio, ou então para chamar os punhos da camisa, e a voz ia saindo meditada e colorida.”

Há dois modos de ler; um que vai direto à coisa significada, sem se deter no sinal; e outro que dá valor ao sinal, às palavras, às construções verbais, por suspeitar que nelas esteja contida, pegada, uma parte importante da mensagem. Machado deve ser lido deste modo e não daquele; não apenas para saborear a boa linguagem ou o harmonioso estilo, mas para entender em a maior profundidade o que o autor quer transmitir (Gustavo Corção, Machado de Assis, *Romance*, Nossos Clássicos, 37, Agir, 2ª ed., p. 18).

A crônica machadiana foi escrita na maturidade, evocando período da mocidade. Machado assistiria *bestificado* à proclamação da República, com a extinção das instituições monárquicas, entre elas o Senado. Escritor de entrelinhas, leva o leitor à comparação inevitável entre o Senado do Império e o da República Velha, em que terminou os seus dias.

De um lado, a instituição vitalícia, composta de homens escolhidos pela conjunção das vontades do povo e da Coroa, que reunissem saber, capacidade e virtudes, com serviços prestados à Pátria. Instituição que representava os interesses permanentes da Nação.

De outro lado, a assembléia temporária, composta de homens escolhidos em eleições fraudulentas, sem qualidades pessoais para tanto. Representantes das oligarquias estaduais, não tinham compromisso com o interesse público. Advogavam causas pequenas, em proveito próprio e dos seus sequazes.

A politicagem da República Velha fez Rui Barbosa escrever. “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer as injustiças, de tanto ver agigantar-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto” (trecho do discurso proferido em dezembro de 1914 no Senado Federal, *in Obras Completas*, v. 40, ed. MEC).

O panorama político da época era uma floresta de coqueiros-anões em que a exceção, que confirmava a regra, era a palmeira imperial representada pelo grande Rui, sempre derrotado pelas mediocridades na sua pretensão de alcançar a Presidência da República.

Era de concluir-se, com Lima Barreto, que se estava melhor no antigo regime, em que havia mais moralidade. Onde um Caixão? Um Rio Branco? (*Triste fim de Policarpo Quaresma*, Ática, p. 102). A aquarela pintada pelo escritor diz por si só: “O velho edifício imperial se erguia sobre a pequena colina. Não era belo o palácio, não tinha mesmo nenhum traço de beleza, era até pobre e monótono. As janelas acanhadas daquela fachada velha, os andares de pequena altura impressionavam mal; todo ele porém tinha uma tal ou qual segurança de si, um ar de confiança pouco comum nas nossas habitações, uma certa dignidade, alguma coisa de quem se sente viver, não para um instante, mas para anos, para século... As palmeiras cercavam-no, erectas, firmes, com os seus grandes penachos verdes, muito altos, alongados para o céu... Eram como que a guarda da antiga morada imperial, guarda orgulhosa do seu mister e função”(idem, *ibidem*, p. 103).

Mas a crônica machadiana não perdeu a sua atualidade. Apreciando o magnífico retrato do Senado do Império, pincelando pelo nosso maior escritor, o leitor acabará cotejando a instituição monárquica com a que se apresenta hoje. O resultado é terrível. Certamente haverá homens sérios e competentes no atual Senado. Neles não se vislumbra, contudo, os pais da Pátria, com notáveis serviços prestados à Nação. Nem com a lanterna de Diógenes se enxergará alguém com as virtudes de Paranhos, Nabuco de Araújo ou Caxias. Não vemos representantes dos interesses perpétuos da Nação. Deparamos com procuradores dos interesses dos grupos que os ajudaram a eleger-se. Outrora a assiduidade no desempenho da nobre função e a parcimônia com o dispêndio do dinheiro público. Agora o adiamento das sessões por falta de *quorum*, o abuso das mordomias e o envolvimento em escândalos.

A perplexidade, a angústia e a descrença que nos acometem diante da maneira como são conduzidos os negócios públicos no Brasil nos levam a repetir o lamento de Rui Barbosa e a sonhar com Lima Barreto a restauração da dignidade na vida pública nacional.

Debate

A Democracia Representativa

Wanderley José Federighi
Juiz Titular na Capital do Estado de São Paulo

Nos séculos mais recentes, a democracia – repudiada por muitos dos pensadores da Antigüidade, como Platão, que a considerava um Governo de plebe - assentou-se como autêntica expressão da vontade popular, ou como a melhor forma do chamado Governo pelo povo e para o povo. Este, como afirma Walter Cenevia, “em conceito mantido nos limites da Ciência do Direito, é o conjunto das pessoas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico, providas de capacidade para exercer os direitos deste decorrentes” (...) “Enquanto população, o povo é visto em seu significado estatístico. Sem ter personalidade jurídica, o povo tem, contudo, poder jurídico, posto que titular da soberania

(Constituição, art. 1º . § único.), estando capacitado e exercê-la nos termos da Carta Magna”¹. José Afonso da Silva, usando a concepção de Lincoln, define a democracia como o “Governo do povo, pelo povo e para o povo”; e como “um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”².

A democracia, contudo, tem, através dos séculos, apresentado formas diferentes. São conhecidas as democracias direta e indireta.

A primeira é “aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembléia”, era praticada “pelos atenienses da época de Péricles (quando com ela coexistiu a escravidão) e mais recentemente os suíços em alguns de seus cantões, Glaris, Rhodes etc., cuja população não vai além dos quarenta e cinco mil habitantes”, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho³. Tal tipo de democracia não é mais praticada, atualmente, por nenhum Estado, não apenas pela dificuldade de reunir-se a população, em milhões, para a resolução dos problemas comuns, como também pela “incapacidade desse povo de compreender os problemas técnicos e complexos do Estado-Providência”⁴.

A Democracia Representativa

A democracia indireta, por outro lado, é aquela que é exercida por meio de *representantes*, sendo, daí, conhecida como “democracia representativa”. A representação é a “ligação entre os governados e os governantes pela qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio”, ainda segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵.

Não se trata, evidentemente, de governo exercido pelos populares, pelo povo, mas sim por alguns poucos, escolhidos pelo povo como seus legítimos mandatários. Assim, acabou tal forma de governo sendo tida como a mais identificada com o governo democrático, principalmente em face das obras de Sieyès e de Montesquieu, malgrado estes serem defensores de posições mais aristocráticas.

José Afonso da Silva refere-se à democracia indireta como sendo a democracia representativa, que é “aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e a da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente”⁶.

Para que possa existir a democracia representativa pressupõe a existência de instituições que ordenem a participação popular no processo político, formando os direitos políticos que qualificam a cidadania. Tais seriam as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos, entre outros. Nesse tipo de democracia, a participação popular é “indireta”, além de “periódica e formal”. Dá-se por via das instituições eleitorais que visam disciplinar as técnicas de escolha de representantes do povo.

Nas democracias onde existem partidos e sufrágios universais, as eleições são mais do que apenas designatórias; transformam-se em instrumento pelo qual o povo “adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político”⁷.

Natureza. As Teorias

Qual seria a natureza da ligação entre povo e representante? Falou-se, linhas atrás, em “mandato”. Esta é uma das teorias a respeito da questão. Haveria, entre o eleitor e o eleito, uma relação semelhante àquela do Direito Civil, existente entre mandante e mandatário. Contudo, tal esse é rejeitado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que afirma que “o mandatário-representante não está, como o procurador, adstrito a seguir as instruções do mandante. Nem pode ser a qualquer tempo destituído ou substituído, nem tem contas a prestar, salvo moralmente, a quem o constituiu, ao conjunto de cidadãos. Nem age em monte apenas dos que nele votaram mas em nome de todos e do todo, o povo ou nação”⁸.

De outro lado, existe a teoria da “investidura”. O representante, a partir da eleição, recebe o “poder de querer” pelo todo da população e, em consequência, torna-se a sua vontade. Inexiste, nessa hipótese, vinculação jurídica à vontade dos eleitores. No máximo, pode-se reconhecer que a moral e o seu próprio interesse o levou a atender os desejos do eleitorado.

O Direito Constitucional, contudo, ainda procura uma forma de vincular o representante eleito ao povo que o elegeu. Uma das formas encontradas foi a chamada representação partidária. A respeito, diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Hoje, de fato ou de direito, não é exagero afirmar que são os partidos que disputam na Europa, na América do Norte, as eleições. Sem a sua organização e seus fundos é difícil que um candidato possa eleger-se. Ora, os partidos disputam o poder para a realização de uma orientação geral, de uma ‘política’. Os eleitos, os ‘seus’ eleitos, normalmente o foram por causa ‘política’, para servi-la. Desse modo, os ‘mandatos’ pertencem ao partido e seus titulares devem obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos substituídos. É a fidelidade partidária”⁹.

Para a doutrina clássica, a necessidade da representação na democracia achava fundamento em dois argumentos. O primeiro é a impossibilidade prática do povo, os Estados contemporâneos, reunir-se em assembleia para deliberar quanto às questões de governo. O segundo é a incapacidade do homem comum, pela falta de trato com as coisas do Poder Público, de resolver os problemas do Estado. Aliás, Montesquieu referia-se à dificuldade do povo de *discuter lês affaires*.¹⁰

Nos séculos XVIII e XIX também consideravam-se os riscos que a democracia plena acarretaria para o bom andamento dos negócios públicos, no caso da plebe ter o poder, como maioria.

Foi essa desconfiança com relação à massa que levou Sieyès a formular sua teoria, segundo a qual o poder supremo não cabe ao povo, mas sim à nação, entidade abstrata que seria a personalização dos interesses permanentes e profundos das gerações sucessivas. Representa-se a ela, e não ao povo. Este é chamado a voltar; contudo ao fazê-lo, age como órgão da nação, para a escolha de seus representantes.

O Sistema de Partidos Políticos

Os partidos políticos são tidos como os vínculos por meio dos quais as grandes correntes de opinião pública buscam influir no governo. O partido é um grupo organizado que disputa o poder para realizar uma política, consistindo o “instrumento por que uma idéia de direito procura realizar-se”¹¹. É evidente o seu caráter oligárquico, o que é um dos seus inconvenientes. É o partido dominado por poucos, que detêm em suas mãos a formulação das opções eleitorais. Igualmente existe a possibilidade de corrupção.

Há outro inconveniente; podem servir como causa para a “supressão da própria democracia”. Assim ocorre como os chamados partidos totalitários (como, por exemplo, na antiga União Soviética), servindo os mesmos não para a representação do povo, mas apenas para a conquista do poder, em nome de uma orientação político-filosófica. É disso que vem o fato de as principais constituições modernas preocuparem-se em fixar-lhes um estatuto, para impor-lhes votações, ao mesmo tempo em que lhes dão direitos.

Em verdade, o próprio número dos partidos políticos acaba por influir na sua representatividade e no funcionamento da democracia. São conhecidos males da pluralidade excessiva de partidos políticos, sendo certo, em face disso, o ideal seria que existissem somente dois, desde que fossem os mesmos efetivamente democráticos, homogêneos e disciplinados.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a propósito, afirma que: “raramente o deputado escolhido para representar a ideologia predominante no eleitorado é o mesmo homem que seria escolhido por seus eleitores, ou frações ponderáveis destes, para representá-los enquanto horticultores ou artesãos, enquanto operários ou industriais, junto aos órgãos de planejamento econômico e semelhante. Assim o ideologicamente representado não se sente representado quanto a seus interesses econômicos e não raro sociais, profundamente afetados pelo Estado-providência”¹².

Sobre a questão dos partidos políticos, diz Celso Ribeiro Bastos, que: “Na democracia moderna a vontade popular e a do Estado apresentam-se intermediadas não só pelos partidos políticos, que por definição têm tal propósito, mas por toda uma série de entidades que, sem se declararem de fins

políticos, mas sim de finalidades restritas à promoção do seu interesse, acabam, sem dúvida, por interferir, quer na vida dos partidos políticos, quer na do próprio Estado”¹³.

Norberto Bobbio, a propósito, afirma que: “A expressão ‘democracia representativa’ significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade. Ponto e basta. O estado parlamentar é uma aplicação particular, embora relevante do ponto de vista histórico, do princípio da representação, vale dizer, é aquele estado no qual é representativo o órgão central (ou central ao menos em nível de princípio, embora nem sempre de fato), ao qual chegam às reivindicações e do qual partem as decisões coletivas fundamentais, sendo este órgão central o parlamento. Mas todos sabem que uma república presidencial como a dos Estados Unidos, que não é um estado parlamentar, também um estado representativo em sentido genérico”

Os Grupos de Pressão

Igualmente existe, em qualquer democracia, o chamado grupo de pressão. Cuida-se de todo e qualquer grupo que procure influir no governo, em defesa de um interesse. Não chega o mencionado grupo a querer para si o governo; contenta-se o mesmo com o simples fato deste servir os seus interesses. Não chega o grupo a lutar por idéias, exceto na medida em que estas consistem efetivamente em interesse seus. Um exemplo claro de autêntico grupo de pressão no atual sistema democrático brasileiro, estruturado em verdadeira organização empresarial, a UDR – União Democrática Ruralista, que chegou a ter candidato próprio para a eleição presidencial de 1989.

A existência desses grupos e o seu crescimento é tido como sintoma da falência dos partidos políticos. Nos países em que os referidos partidos são fortes (p. ex. na Inglaterra), os grupos de pressão acabam sendo frágeis. São eles um instrumento de representação de interesses particulares, razão pela qual são perigosos não apenas para a democracia como para o bem comum. Consistem, outrossim, “fruto inevitável da deficiente representação constitucionalmente organizada”¹⁵.

Acabam substituindo a vontade geral pelas particulares, além de servirem-se de todos os meios, bons ou maus, para alcançar os seus fins, pondo de lado o interesse geral, para beneficiar os interesses dos mais poderosos.

São conhecidos como grupos de *lobbying*, sendo certo que, em alguns países do mundo, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América, procurou-se neutralizar a sua ação através da publicidade. No Direito brasileiro, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados está a reconhecê-los, procurando discipliná-los.

O Mandato Político Representativo

Necessário que se aborde, ao tratar-se da democracia representativa, a questão do mandato político representativo. Nele, consolidam os princípios da representação e da autoridade legítima. O primeiro significa que o poder que reside no povo é exercido em seu nome, por representantes periodicamente eleitos, eis que o mandato é temporário. O segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe¹⁶.

O mandato é político-representativo. Trata-se de uma situação jurídico-política pela qual uma pessoa, designada por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. Não se confunde com mandato de Direito privado, pelas razões já expostas, linhas atrás (vide “Natureza. As teorias” deste trabalho).

Também não se confunde com o mandato imperativo, vigorante antes da Revolução Francesa, pelo qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções deveria seguir, nas chamadas assembléias parlamentares. Surgindo fato novo, para o qual o mandatário não expusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores, antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação.

O mandato representativo foi criado pelo Estado liberal burguês, como forma de manter distintos o Estado e a sociedade, além de tornar abstrata a relação povo-governo. Pela teoria da representação política, o representante não fica vinculado aos representados, eis que não se trata de uma relação contratual. É geral, livre, irrevogável em princípio, além de não comportar ratificação do mandatário.

É geral, porque o eleito por uma circunscrição ou um distrito não é representante apenas deles, mas de todas as pessoas que habitam o território nacional. É livre, pois o representante não está vinculado aos seus leitores, não recebendo instrução nenhuma deles; caso receba, inexistente obrigação jurídica de atendê-la. Não tem, ademais, obrigação de prestar contas.

Também é considerado irrevogável pois o eleito tem o direito de manter o mandato, durante todo o tempo previsto para a sua duração, exceto no caso de perda de mandato nas hipóteses indicadas na própria constituição (na Constituição Brasileira, arts 55 e 56).

Em alguns países existe a possibilidade de revogação de mandato, havendo número suficiente de votos dos eleitores; é o caso, por exemplo, do *recall* dos Estados Unidos da América, e da revogação da União Soviética. No Brasil, contudo, o mandato é irrevogável, fazendo José Afonso da Silva comentários, a propósito, no sentido de ter havido extrema resistência por parte dos parlamentares e uma emenda nesse sentido¹⁷.

A Opinião Pública e o Mandato Imperativo

A evolução do processo político vem incorporando outros elementos na democracia representativa, que promovem uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, em especial os instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular; quais sejam, os partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base e imprensa livre, entre outros.

Assim, a opinião pública, como expressão da cidadania, acaba por exercer papel relevante no sentido de que os eleitos sejam mais atentos às reivindicações populares, em especial às feitas por suas bases eleitorais.

O sistema de partidos políticos, já estudado linhas atrás, em especial, tende a dar feição imperativa ao mandato político, na proporção em que os representantes partidários estejam comprometidos com o cumprimento de programa de sua agremiação.

Tal natureza de mandato imperativo, em função da orientação do partido, se tornará cada vez mais uma vinculação ao povo, na medida que os partidos se tornem mais democráticos, com os seus órgãos dependentes de a maior vontade de seus filiados.

A questão, então, apresenta-se com duas faces. A primeira, em relação aos partidos de massa e de estrutura interna democrática, o mandato representativo que se faça por meio de partido político será chamado de mandato partidário, realizando tendência de mandato imperativo de caráter popular e democrático, em especial se a infidelidade partidária causar a perda do mandato. Em relação aos partidos de quadro, ao contrário, o mandato partidário realizará uma função de mandato imperativo de caráter oligárquico, o que, segundo José Afonso da Silva, ainda acontece no Brasil¹⁸.

O tipo de sistema eleitoral também influi na representatividade, especialmente se elevar em conta que, com o sistema de partidos políticos, forma dois mecanismos de expressão de vontade popular na escolha dos governantes.

O sistema de representação proporcional, em especial, favorece a melhor e mais eqüitativa representatividade do povo, eis que a representação, em determinada circunscrição, pelo uso da tal sistema, distribui-se proporcionalmente às correntes ideológicas ou de interesse, integradas nos partidos políticos.

Notas e Referências Bibliográficas

1. Walter Ceneviva, *Plebiscito, Direito e Dever*, Departamento Editorial OAB-SP; 1993, p. 10.

2. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*; Malheiros Editores, 8ª edição, 1992, p. 115.
3. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 11ª edição, 1982, p. 57.
4. Idem, ibidem.
5. Ob. cit., p.58.
6. Ob.cit., p.124.
7. José Afonso da Silva, ob.cit., p.125
8. Ob.cit., pp.58/59.
9. Ob.cit., p.59.
10. *O Espírito das Leis*. Livro XI, Capítulo VI.
11. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., p.62.
12. Idem, ob, cit., p.63.
13. Celso Ribeiro Bastos *Comentários à Constituição do Brasil*; 1º vol.; obra em co-autoria com Ives Gandra Martins; Ed. Saraiva, 1988, p.206.
14. Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia*, p. 44, *apud* Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., p. 206.
15. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob.cit.p.64.
16. José Afonso da Silva, ob.cit., pp.125/126.
17. Ob. cit., p.126.
18. Ob.cit., p.128.

Centro de Estudos – Cedes

O Ano do Centro de Estudos

Edison Aparecido Brandão
Juiz da 1ª Vara Criminal e Diretor
Do Cedes de Campinas

Poderíamos, inegavelmente, afirmar que 1997 foi o ano da consolidação do Centro de Estudos no Estado de São Paulo. Desde 1995, quando inauguramos o Cedes-Campinas, buscamos muito mais que a mera realização de palestras periódicas para magistrados, buscando criar precipuamente um mecanismo permanente para toda a sociedade, para o aprimoramento do Poder Judiciário e um completo entendimento das exigências sociais dirigidas a este.

Em 1997, continuamos agressivamente com a política de realização de cursos, enfocando de imediato as mudanças legislativas, criando um sadio espaço de discussão entre magistrados (os cursos e regra são restritos a magistrados) onde a experiência particular de cada qual era colocada aos demais, buscando dar, sem qualquer imposição, a possibilidade de se criar diretrizes comuns ao Poder Judiciário em uma grande região.

Magistrados de escol estiveram ministrando cursos a juízes de direito, juízes federais a trabalhistas, todos estes gravados, aumentando daí o acervo do já existente Vídeio-Clube Jurídico do Cedes, títulos destinados a empréstimos gratuitos a juízes de todo o país.

A conjugação de cursos e vídeio-clubes jurídicos permitiu a difusão de cultura jurídica e judicial muito além das fronteiras paulistas, havendo até mesmo a reprodução integral do acervo do Vídeio-clubes para as comarcas de Minas Gerais e Pará.

O espaço na rede mundial Internet foi efetivamente consolidado pelo Cedes-Campinas. Nosso *site*, www.unicamp.br/cedes-campinas, em vias de mudança para o endereço www.apamagis.com.br/cedes-campinas, recebeu milhares de visitas e *e-mail* de diversos países, e hoje consta como *link* em, praticamente, todos os *sites* jurídicos do país. Aliás, a informática talvez tenha sido a ferramenta mais utilizada pelo Cedes-Campinas, em prol do aperfeiçoamento da Justiça em geral.

Procurando auxiliar na busca de novos caminhos, no que os norte-americanos chamam de *ciber justice*, a justiça cibernética do século XXI, iniciamos, junto à Primeira Vara Criminal, a realização de interrogatório por vídeio-conferência, agora já referendado por decisão do STJ, superando antigos entendimentos de extenso apego à forma, igualando nosso país aos primeiros do mundo no uso de tais instrumentos – hoje já tão disseminados na América do Norte – e, antigas alegações contra eles, já soam com as primeiras reações contrárias ao uso da máquina de escrever no judiciário.

Passamos, também, a utilizar equipamentos para a captura de som e imagem de audiências, sua digitalização, e seu arquivamento em CD-Rom permitindo assim que audiências do Juizado Especial Cível e Juizado Especial Criminal pudessem ser gravadas em áudio e vídeio e reproduzidas em qualquer computador que tivesse um *drive* de CD-Rom.

Tal experiência, também inédita em nosso país, segue tendência de ponta em termos mundiais, em informática judicial, e permitirá, sem dúvida, uma verdadeira revolução na colheita de prova oral daqui para frente.

O projeto Argos, dividido nestas duas experiências, foi uma decisiva contribuição do Cedes para um aperfeiçoamento tecnológico do Poder Judiciário.

Buscando também um aperfeiçoamento nos trabalhos judiciais e a oferta de um melhor serviço à população, fizemos novas parcerias para a oferta de serviços de extrema importância porém extremamente raros em nosso país.

Definitivamente, consolidamos o projeto em parceria com a Faculdade de Psicologia da Puccamp e passamos a atender 100% das vítimas de crimes sexuais em atendimento psicológico na clínica daquela Faculdade.

Este convênio permitiu que os magistrados de todas as Varas Criminais da Comarca e região passassem a encaminhar vítimas de crime sexual para um completo atendimento psicológico, sem nenhum custo para a vítima ou para o erário, buscando antes de mais nada a plena recuperação da vítima e sua reintegração à família e aos amigos, permitindo a superação de tão grave seqüela.

Outro programa inédito iniciado no Cedes foi aquele de reeducação de agressores domésticos, criando-se uma terapia destinada a estes e a elas encaminhados nos termos da Lei 9.099/95, de frequência obrigatória e de duração de um mês. Esta terapia não se resumiu aos agressores, passando a existir o atendimento, por estagiárias de psicologia em dependências do Cedes, às próprias vítimas das agressões domésticas, buscando a reintegração daquela família. Atacou-se, exatamente, a raiz da violência oferecendo a justiça criminal além da mera possibilidade de se punir autores de delito, e sim, em uma visão muito mais ampla de justiça, de se buscar cessar as próprias raízes da violência, oferecendo à sociedade muito mais que a vetusta punição, mas a plena reabilitação do autor de fato criminoso e a completa recuperação da seqüela sofrida pelas vítimas.

Tal projeto foi até mesmo alvo de indicação para a Unifem, órgão da ONU para a condição da mulher, por meio de uma ONG da cidade de Campinas.

Inicia-se, agora, um ambicioso projeto, de convênio com a PUC/ São Paulo, para a viabilização, em conjunto com a Associação Paulista de Magistrados, de cursos de Pós-Graduação, destinados a magistrados, a serem ministrados em dependências do Cedes, o que se aguarda para muito breve, permitindo assim a continuidade permanente destes trabalhos, destinados ao aperfeiçoamento técnico profissional de magistrados.

Paralelo a isto, e talvez o mais importante trabalho social do Cedes, presenciou também em 1997. A partir do Cedes foi instalado o Fórum Permanente de atenção à vítima de crime sexual, na cidade de Campinas e região. Este Fórum conta com a participação de diversas ONG's e várias entidades públicas, como a Delegacia da Mulher, a Secretaria Municipal da Saúde, o Hospital Caisme, da Unicamp, e outras.

Concretamente já se viabilizou, através deste Fórum, às vítimas de crimes sexuais, a disponibilização da chamada pílula do dia seguinte, a evitar os traumas de um posterior aborto necessário, coquetel anti-aids, exame sorológico completo, encaminhamento à assistência judiciária gratuita e acompanhamento psicológico para superação do trauma, serviços oferecidos de forma gratuita á totalidade das vítimas conhecidas, na maior parte das vezes por ONG's.

Na concretização deste empreendimento, o Centro de Estudos mostrou toda sua potencialidade na coordenação de diversas entidades e na prestação de serviços que vão além da prestação jurisdicional. Todos os detalhes dos projetos realizados pelo Cedes-Campinas estão disponibilizados em seu *site* na Internet.

Durante o ano que passou todos os nossos esforços se dirigiram para que o Centro de Estudos oferecesse ao judiciário treinamento técnico a seus membros e possibilidade de acesso a novíssimas tecnologias, somente comparáveis às de países de primeiro mundo. E à sociedade, um atendimento, usando-se muito mais da criatividade, pela carência de meios materiais, que foi muito além da mera aplicação da Lei, destinando-se a oferecer uma completa gama de serviços judiciais, sempre na honrosa tradição do Poder Judiciário Paulista.

Estágio

Arbitragem A Lei 9.037/96

Lilian Fernandes da Silva
Ex-estagiária de Direito – Juízos de Primeira Instância

A Lei 9.037 de 23.09.96 revogou os arts, 1072 a 1102 do Código de Processo Civil, passando a regular integralmente a matéria. A doutrina não é pacífica, havendo diversas posições quanto à natureza jurídica da arbitragem. Para aqueles que defendem a *natureza privatista*, a arbitragem é um contrato, uma convenção na qual as partes concedem poderes ao árbitro e o laudo é uma manifestação das mesmas. Para os que têm como posição a *natureza jurisdicional*, a arbitragem é o verdadeiro processo e a jurisdição deve ser entendida como atuação da vontade da lei por meio de emissão de decisões não exclusivamente do Poder Judiciário. O árbitro, escolhido de comum acordo, tem o poder de proferir a decisão mais justa, utilizando-se da jurisdição. Para os defensores da *natureza híbrida*, a arbitragem é processo privado para a solução de controvérsias, é forma privada de sentença com as vestes do poder de uma decisão judicial entre particulares em oposição às cortes judiciais. É um acordo consensual no qual a solução da questão é dada por terceira pessoa; também é judicial porque põe fim à disputa, possibilitando seu cumprimento como um julgamento do mérito do judiciário.

Assim, temos duas faces na arbitragem: a primeira é a contratual - cláusula compromissória / compromisso arbitral. A segunda é a jurisdicional – sentença arbitral – que não é integrante do compromisso, mas nele tem seus fundamentos e limites, sendo que seus efeitos decorrem de lei e não de vontade das partes; deve-se aplicar a esta fase os mesmos princípios jurídicos da jurisdição.

Entre as vantagens do procedimento arbitral, destacam-se a celeridade – informalidade do procedimento, que pode ser definido pelas partes; a confidencialidade ou sigilo – o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional, as

provas, a controvérsia, seu valor e decisão através de decisão de sentença arbitral não são divulgados; a especialização – o árbitro pode ser técnico na matéria da controvérsia, não havendo necessidade de ser advogado ou bacharel em Direito; a possibilidade de decisão por equidade; e a confiança, já que os árbitros são escolhidos pelas partes.

Somente podem ser dirimidos através da arbitragem litígios envolvendo pessoas capazes de contratar (v. conceito de capacidade – arts. 5º e 6º do Código Civil) e direitos patrimoniais disponíveis. O que extrapolar este âmbito submete-se exclusivamente ao controle do Poder Judiciário. Desta forma, estão excluídas da arbitragem as questões afetas ao estado e à capacidade das pessoas (assim como não podem ser objeto do procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Cível – Lei 9.099/95) e questões atinentes a alimentos, salvo no que se refere à determinação de seu *quantum*.

O Árbitro é o 3º estranho ao conflito. Pode ser qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes (art. 13, *caput*). Deve atuar com imparcialidade, diligência, competência, independência e discricção (art. 13, § 6º), submetendo-se ao regime de imparcialidade e suspeição dos juízes, havendo na lei procedimentos para argüi-lo e substituí-los (arts. 14 e 15). São equiparados ao funcionário público para os fins de legislação penal (art. 17). A lei não faz restrições a estrangeiros e permite a arbitragem institucional.

De acordo com o art. 18, árbitro é juiz de fato e de direito; primeiro, porque os fatos são a ele submetidos para apreciar livremente (persuasão racional), segundo, porque ele é livre para aplicar o direito ao caso concreto, respeitando os limites impostos pelas partes julgamento por equidade.

Concordando as partes em instituir a arbitragem, seja quanto a um litígio eventual e futuro ou quanto à controvérsia já surgida, devem elas celebrar, por escrito, uma Convenção de Arbitragem. De acordo com a nova lei, convenção de arbitragem se biparte em duas espécies: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral. Desta forma, inovou na regulamentação dada anteriormente a matéria, que considerava Convenção de Arbitragem apenas o Compromisso Arbitral.

A Cláusula Compromissória é um verdadeiro pré-contrato. É a convenção pela qual as partes se comprometem a submeter um litígio eventual e futuro à solução mediante arbitragem. Não se configurando o litígio ela não se opera. Pode ser celebrada no próprio contrato ou separadamente e sua eventual nulidade não contamina as demais cláusulas do contrato, por ser deste independente, cabendo ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia tanto da convenção de arbitragem quanto do contrato.

A Cláusula Compromissória, como o Compromisso Arbitral, leva à extinção do processo judicial sem julgamento do mérito, uma vez que exclui da apreciação do Poder Judiciário o litígio. Caracterizam-se como pré-contrato porque têm por objeto o contrato, a promessa de se celebrar o Compromisso Arbitral. A Cláusula Compromissória induz à realização do Compromisso Arbitral, e o Poder Judiciário só pode intervir para fazer valer, não podendo analisar o mérito, substituindo a manifestação de vontade do inadimplente. É passível de execução específica, regulado pelo art. 7º da Lei de Arbitragem, devendo a parte que pretender ver a cláusula cumprida ajuizar um pedido de instituição de compromisso, com procedimento regulado pelo mesmo artigo. A sentença que julgar procedente o pedido vale como Compromisso Arbitral, que disporá, se já não foi estabelecido, sobre nomeação dos árbitros.

Estabeleceu a nova lei, em seu art. 4º, § 2º, restrição para se admitir referida cláusula nos contratos de adesão. Entretanto, nada dispôs quanto à sua admissão em contratos que regulem as relações de consumo (Lei 8.078). Assim, não revogou o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços *que determinem a realização compulsória de arbitragem*. Portanto, nos contratos, a sejam de adesão ou não, que tratem de relação de consumo, a cláusula compromissória é nula.

Compromisso Arbitral é a convenção através da qual as partes submetem uma determinada controvérsia à solução pela arbitragem, podendo ser judicial ou extrajudicial. É o cumprimento da Cláusula Compromissória, mas pode-se realizar, sem sua prévia celebração, desde que haja no momento do litígio o acordo de vontades para se consumir o Compromisso Arbitral. Tem, portanto, como pressuposto, controvérsia já surgida entre as partes, diferente da Cláusula Compromissória, que

se refere a litígios eventuais e futuros e cuida-se de contrato de direito privado cujo objetivo é a instauração de um processo arbitral.

Deve ter sempre forma escrita e pode ser judicial ou extra-judicial. Será judicial quando instituído pelo juiz em procedimento requerido pela parte, e extrajudicial quando por instrumento particular assinado por duas testemunhas ou por escritura pública parte (art. 9º, § 2º da Lei de Arbitragem). Seu conteúdo se divide em obrigatório (art. 10) e facultativo (art. 11). É obrigatório constar a qualificação das partes e do árbitro, bem como a matéria que será submetida à arbitragem e o local onde será proferida a sentença arbitral. É facultativo haver previsão de prazo para a prolação da sentença arbitral, local onde devem se desenvolver os trabalhos da arbitragem (provas, alegações, depoimentos), autorização para se julgar por equidade e remuneração devida ao árbitro.

Extingue-se o Compromisso Arbitral quando o árbitro não aceita a nomeação, falece ou fica impossibilitado de declarar seu voto e as partes expressamente declararam não aceitar substituto ou, notificado, não prolata a sentença arbitral no prazo estipulado (art. 12).

A sentença arbitral, no sistema anterior, denominava-se laudo arbitral. Sentença arbitral é, como no caso de ação proposta perante o poder judiciário, ato do árbitro que põe fim ao processo. Deverá ser proferida no prazo estipulado pelas partes, ou, no seu silêncio, num prazo de seis meses a contar a instauração do processo arbitral, que se dá com a aceitação do árbitro, sendo possível a prorrogação deste prazo, se houver consenso entre as partes (art. 23). Deve ter forma escrita, atendendo, desta forma, o princípio de documentação pelo Código de Processo Civil, elementos essenciais que não são o relatório, fundamentação (questões de fato e de direito apreciadas) e dispositivo. Também a data, local e assinatura do árbitro. A ausência de qualquer um dos elementos essenciais tem como consequência sua nulidade, conforme o disposto no art. 32, III, da lei em estudo. A sentença arbitral deve ser clara, cabendo, em caso de obscuridade, omissão ou contradição “embargos declaratórios”, regulados pelo seu art. 30.

Estágio

Controle de Constitucionalidade

Tatiana Pereira Viana Santos
Ex-estagiária de Direito – Juízos de Primeira Instância

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição”¹, envolvendo os requisitos formais e substanciais de tal ato. A inconstitucionalidade para Jorge Miranda², é o não cumprimento da Constituição, por ação ou omissão, por parte dos órgãos do Poder Político, na forma como é reconhecido pela própria Constituição Federal³.

É preciso destacar que esse controle está diretamente relacionado à existência de uma Constituição rígida e formal, já que se o processo de elaboração das leis for o mesmo da elaboração das normas constitucionais (Constituição flexível), a lei posterior, que contrarie esta, irá simplesmente revogá-la. Entretanto, “este mesmo controle também é pressuposto de uma Constituição rígida”⁴, pois constitui garantia da supremacia constitucional sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

Há três sistemas de controle de constitucionalidade: os controles político, jurisdicional e misto. O controle político entrega o exame de constitucionalidade a órgãos de natureza política, como o Poder Legislativo e o *Conseil Constitutionnel* francês. O jurisdicional consiste na análise, pelo Judiciário, de leis e atos que contrariam a Constituição. O sistema de controle judiciário pode ser difuso ou concentrado. Há controle difuso, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando “a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade”⁵ e há controle concentrado toda vez que a competência para julgar essa questão é reservada a um único órgão. Quanto ao modo de exercício, o controle judiciário também pode ser classificado em incidental, por via de exceção, cabendo num caso concreto a alegação de inconstitucionalidade (daí esse controle também ser chamado de concreto), e controle principal, por via de ação direta proposta perante Tribunal especializado, na qual o objeto do processo é a inconstitucionalidade. Em síntese, segundo Celso Ribeiro Bastos, “a via da ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais”, enquanto “a via da defesa ou de exceção limita-se a

subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício.”⁶ O sistema de controle misto “realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça.”⁷ A doutrina⁸, uma vez que o controle político pode se tornar muitas vezes ineficaz, atendendo mais a interesses políticos do que à verificação efetiva se o ato infringe ou não a Constituição, aponta a preferência pelo sistema jurisdicional, que se desenvolve sob a inspiração de dois modelos: o americano (controle difuso, controle, exercido por qualquer juiz, no qual a declaração de inconstitucionalidade produz apenas para as partes efeitos *ex tunc*) e o austríaco (controle abstrato exercido por uma Corte Constitucional cujas decisões produzem efeito *erga omnes*).⁹

Como há argumentos favoráveis e contrários a cada um dos modelos, na busca de maior eficiência no controle de constitucionalidade foram criados vários sistemas “mistos”, com adaptações, combinando os procedimentos dos dois modelos. Neste sentido, pode-se classificar o sistema brasileiro como um sistema “misto”.¹⁰

Com a Constitucionalidade Federal de 1988, temos o controle político prévio, ou seja, antes que o ato inconstitucional se aperfeiçoe, objetivando evitar a entrada dessas normas e atos no sistema jurídico. Esse controle é exercido pelo Congresso na tramitação do projeto de lei (exame pelas Comissões do Congresso, principalmente a Comissão de Constituição e Justiça ou, ainda, se durante a discussão e votação do projeto for argüida a inconstitucionalidade e o projeto for rejeitado sob esse argumento¹¹) ou pelo Executivo, mediante o veto do Presidente da República, que pode impedir a conversão de um projeto de lei aprovado pelo Congresso (esse controle é prévio e não definitivo, pois o veto ser “derrubado” pelo Poder Legislativo, conforme o art. 66, §§ 1º e 4º da CF).

Outra forma e controle político é a sustação de atos normativos do Poder Executivo pelo Congresso nacional. Ela resulta em controle repressivo e *a posteriori*, realizado mediante decreto legislativo (art. 49, V da CF). Ao lado desse controle político, existe o repressivo (após a edição da lei ou do aperfeiçoamento do ato) exercido pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional, difuso e concentrado). Quanto ao controle difuso, considerando-se a inconstitucionalidade por ação, qualquer ato jurídico pode ser objeto desse controle, em que a decisão sobre a inconstitucionalidade é declaratória e produz para as partes, no caso concreto, efeitos *ex tunc*. Se o processo na qual foi alegada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo chegar ao STF por meio de recurso extraordinário e em decisão definitiva, tomada pela maioria de seus membros, for declarada a inconstitucionalidade (arts. 102, III e 97 da CF), essa decisão será comunicada ao Senado Federal (art. 52, X da CF), que suspenderá *erga omnes* a eficácia da norma.

Há divergências, apontadas por Pinto Ferreira¹², se a suspensão do Senado, que não revoga simplesmente a lei, visto que não tem competência para tanto, produz efeitos *erga omnes* de forma *ex tunc* ou *ex nunc*. Para José Afonso da Silva¹³ esta suspensão produz efeitos *ex nunc*, continuando válidos os efeitos produzidos antes da suspensão (a não ser que haja *in casu* decisão estabelecendo o contrário).

Por outro lado, ainda considerando a inconstitucionalidade por ação, ou seja, o controle “positivo” de constitucionalidade, pelo controle concentrado há (e, também, introduzida pela Emenda 3 de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade) e ação interventiva. A ação direta de inconstitucionalidade dita genérica tem por objeto o controle em tese de lei ou ato normativa federal ou estadual (art. 102, I, da CF) e o órgão competente para julgá-la é o STF. A legitimidade para propô-la é estabelecida no art. 103 da CF, ressaltando-se que ela não é exclusiva de uma autoridade pública, alcançando várias autoridades e até particulares, como as entidades de classe de âmbito nacional. Os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são *erga omnes*, segundo a jurisprudência do STF alcançando e obrigando a todos.¹⁴

O jurista Pinto Ferreira, seguindo os ensinamentos do direito alemão, entende que “a ação direta de inconstitucionalidade é um processo objetivo de controle de normas”¹⁵ que visa à defesa da ordem jurídica fundamental, invalidando atos incompatíveis com ela. Também nesse sentido é a interpretação do STF¹⁶ que entende que nessa ação há partes propriamente ditas (há requerente, mas não necessariamente um requerido), não se admite a intervenção de terceiros, não há juízes impedido, não se permite a desistência da ação e a *causa petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados, mas abarca todas as normas que integram a Constituição. Quanto à ação declaratória de constitucionalidade, ela foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda 3, de 17 de março de

1993, que acrescentou o § 4º ao art. 103 da CF. As suas semelhanças com a ação direta de inconstitucionalidade são claras¹⁷: os sujeitos legítimos são quase idênticos, já que a emenda apenas exclui alguns, e o órgão competente para julgá-la é também o mesmo. Mas a ação declaratória de constitucionalidade tem algumas particularidades como a ausência de um sujeito passivo, ao contrário do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade que apresenta, em regra, legitimado passivo.

É importante salientar que a sentença na ação declaratória de constitucionalidade também produz efeitos *erga omnes*, mas apresenta um *plus*: o efeito vinculante dos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. A diferença entre os efeitos dessas duas ações é que a inobservância da decisão na ação direta de inconstitucionalidade deve ser corrigida pelos recursos previstos na legislação processual, enquanto que o desrespeito ao julgado na ação declaratória de constitucionalidade pode ser reparado não apenas por esses meios, como também por via de reclamação (CF, art. 102, I 1, e RISTF, arts. 156 e 161, III), afim de ser resguardada a eficácia da decisão e ser garantida a autoridade do julgado do STF.¹⁸

A ação interventiva é proposta exclusivamente pelo Procurador Geral da República no plano federal, objetivando não só a obtenção de declaração de inconstitucionalidade, mas também o restabelecimento da ordem constitucional do Estado, mediante intervenção. Neste caso, a sentença não é meramente declaratória, mas “tem um efeito condenatório que fundamenta o decreto de intervenção”¹⁹. É uma decisão que não condena o ente federado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porém é ponto de partida das medidas interventivas que só podem ser efetivadas com a prévia declaração de inconstitucionalidade²⁰.

O efeito declaratório da decisão do STF refere-se à ofensa aos princípios constitucionais sensíveis no art. 37, VII, da CF. Estes são chamados de sensíveis no sentido “de coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção no Estado, exatamente para assegurar sua observância”²¹. Portanto, são princípios que devem ser respeitados, sob pena de comprometimento da ordem jurídica.

Em relação ao controle da omissão inconstitucional, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, a ação de inconstitucionalidade por omissão constitui forma de controle “concentrado, direto, genérico que tem por objeto a omissão dos poderes e órgãos administrativos que deixam de criar normas ou praticar atos requeridos pela própria Constituição para a sua efetiva aplicação.”²² Nesta ação, os efeitos da decisão vem expressos no art. 103, § 2º da CF e a sentença, cujos efeitos são *ex nunc*, é declaratório com natureza mandamental, pois além de declarar a inconstitucionalidade por omissão, exige uma ação, apesar de inexistirem meios de obrigar o Poder Legislativo a legislar.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, no controle de constitucionalidade por omissão, também há “um meio de controle *in casu* da omissão dos poderes constitucionais”²³ configurado pelo mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXII, da CF.

O objeto desse mandado, para José Afonso da Silva²⁴, é assegurar o exercício: 1) de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político e social) não regulamentado; 2) de liberdade constitucional, não regulamentada; 3) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Quanto ao conteúdo do mandado de injunção, Celso Ribeiro Bastos²⁵ conclui que melhor seria conferir ao magistrado a possibilidade de, em cada caso, escolher um tipo de solução que atenda aos interesses legítimos do impetrante, podendo em muitas situações o juiz conceder o direito sem transmudar-se em legislador. Por sua vez, José Afonso da Silva critica a tese daqueles que, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Para Silva, o “conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado”, competindo ao juiz “definir as condições para a satisfação direta reclamando e determiná-la imperativamente”²⁶.

Ressalte-se que, embora o mandado de injunção seja semelhante à ação de inconstitucionalidade por omissão, já que ambos os institutos têm por finalidade dar eficácia à norma constitucional que necessita de legislação integradora, há várias diferenças entre eles: enquanto qualquer pessoa está legitimada para promover a mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão é requerida pelos legitimados do art. 103 da CF; a competência para o julgamento desta, em relação à

CF, é do STF, já o mandado de injunção é processado por vários tribunais federais ou estaduais (arts. 102, I, *q*: 105, I *h*, 121, § 4º V da CF e art. 74, V, da Constituição do Estado de São Paulo); ação de inconstitucionalidade por omissão configura controle e em tese da omissão configura controle e em tese da omissão constitucional e o mandado da injunção é controle concreto que se refere a direitos individuais.

Logo, apresenta o nosso ordenamento jurídico um sistema “misto” de controle de constitucionalidade do “ato” e da “omissão inconstitucional” (esta controlada através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção), que abrange um controle político e um controle jurisdicional. Esse compreende o método concentrado, mediante a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e ação de inconstitucionalidade dita genérica, ressaltando-se que a decisão dessa produz efeitos *erga omnes*, e o método difuso, cuja decisão é *inter partes* e, no caso da inconstitucionalidade por ação, produz efeitos *ex tunc*, com a possibilidade de suspensão *ex nunc* da eficácia da norma declarada inconstitucional.

Notas e Referências Bibliográficas

1. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 30.
2. Cf. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1983, p. 274.
3. Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 341/342.
4. Bastos, Celso Ribeiro, ob. cit., p. 329.
5. Ob.cit.,p.32.
6. Ob. cit., p. 333.
7. Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., Malheiros Editores, p. 50.
8. Neste sentido, Ferreira Filho, ob cit., pp. 30-31; Ferraz, Anna Cândida. “Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo”, São Paulo, Ed., RT, 1994, p. 201.
9. Sobre o modelo americano e o austríaco, Anna Cândida da Cunha Ferraz. “Apontamentos sobre controle de constitucionalidade”, *In Revista da Procuradoria do Estado*, nº 34, dez. 1990, pp. 28-30.
10. Ferraz, Apontamentos..., pp. 33,35 e 40.
11. Cf. Temer, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1992, p. 43.
12. Cf. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 4, 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992.p. 327.
13. Cf. ob. cit., p. 54.
14. CF. Ferreira Filho, ob. cit., p. 35, Pinto Ferreira, ob. cit., p. 103.
15. Ob. cit., p. 334.
16. Neste sentido, manifestou-se o Ministro Moreira Alves na questão de ordem referente á ação declaratória de constitucionalidade 1-DF, *in* RTJ 157, p. 383.
17. CF. Celso Ribeiro Bastos, ob. cit p. 344.
18. Cf, Ministro Moreira Alves *in* RTJ-157, p. 377.
19. Silva, José Afonso da, ob. cit, p. 55.

20. Cf. Ferreira, Pinto, ob. cit., p. 361.
21. Cf. Silva, José Afonso da. Ob. cit., p. 521.
22. Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Apontamentos...*, p. 36.
23. *Apontamentos...*, p. 37.
24. Ob.cit., p. 392.
25. Ob. cit., pp. 219-221.
26. Ob.cit.,pp. 394-395.

Memória do Judiciário Paulista

A Construção do Palácio da Justiça

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

O aumento dos trabalhos judiciários, passados os tempos de quietude de fins dos séculos XIX, não se fez tardar. Em pouco tempo, a cidade começou a sofrer bruscas transformações. As chácaras davam lugar aos loteamentos para a ampliação da área urbana. Novos bairros integravam-se na paisagem da metrópole. Três fatores contribuíram sobremaneira para o rápido desenvolvimento: a expansão cafeeira, a viação férrea e a imigração européia. São Paulo deixava de ser a romântica “Cidade Acadêmica” para tornar-se a “Metrópole do Café” do início deste século.

O fenômeno do crescimento da cidade iria refletir nos serviços judiciários: assim, já em 1911, o Tribunal receberia 566 processos para distribuição aos cinco ministros da seção civil, e 878 para os novos da seção criminal, totalizando 1.444 feitos. A tendência era para um aumento cada vez maior, e a justiça tinha de estar preparada para tal.

Foi um eminente estadista, o Dr. Washington Luís, com larga visão do futuro, quem teve a idéia, quando na Secretaria da Justiça, de dotar a Corte paulista com um prédio à sua altura.

Aliás. É de se frisar, neste ponto, que Washington Luís, carinhosamente conhecido como o “Paulista de Macé” era um cultor das mais caras tradições de nossa terra, e foi graças a ele, enquanto Prefeito de São Paulo, que a cidade ganhou o seu brasão com a célebre legenda *Non Ducor Duco*.

Também foi ele o responsável – no exercício da Presidência da República – pela inauguração da casa que pertencera a Rui Barbosa como Museu e que viria a se transformar na “Casa de Rui Barbosa”, verdadeiro monumento da cultura jurídica nacional.

Acolhendo a sugestão de Washington Luís, o Governo Paulista, quando presidido por Altino Arantes, lançou a pedra fundamental daquele que viria a ser o Palácio da Justiça. Foi no dia 24.02.1920 e, nessa ocasião discursou o Ministro Urbano Marcondes de Moura especialmente designado pelo Tribunal, o qual disse palavras como a seguir ressaltamos:

“Os princípios que regulam o Bem, a Verdade e a Justiça são dogmas que se impõem a todas as consciências e constituem a sólida base da unidade moral do mundo”. As escolas sociais quaisquer aquelas sejam, estão de acordo em que os associados da comunhão política só são felizes quando não têm motivo sério de queixa contra flagrantes e propositais injustiças.

É preciso, portanto, amar a justiça, ampará-la e fortalecê-la, para que ela possa ser a guarda avançada do direito e a defensora natural do patrimônio moral e material do indivíduo e da sociedade. São Paulo, o berço fulgurante das liberdades pátrias, a terra de onde se levantou a voz dos heróis que proclamaram a nossa independência política; São Paulo, a terra dos bandeirantes ousados, dos desbravadores do sertão, cujos feitos gloriosos constituem uma nota consoladora, a despertar energias

latentes, para os grandes cometimentos do progresso; São Paulo o berço luminoso dos Andradas e tantos outros pioneiros da pugna incruentada do patriotismo e da inteligência; São Paulo, construindo seu Palácio da Justiça, mais vez demonstra o seu amor pela grande causa do direito e pelo bem da humanidade.”¹

Para a construção do novo prédio seria decisiva, também a participação do Ministro Manoel da Costa Manso (que José Frederico Marques considera o maior juiz paulista de todos os tempos) pois fora nomeado Procurador Geral do Estado, e assim, tendo a confiança e o apoio dos sucessivos governos, pôde colaborar eficazmente com eles, através do Legislativo, dando corpo e sistema à organização judiciária paulista que sofreria modificações profundas na década 1920-1930.²

O projeto do prédio que viria abrigar o Tribunal de Justiça foi confiando ao conceituado arquiteto Ramos de Azevedo, o qual, concebeu o palácio e internamente em estilo “neo-renascentista”. Muitos consideram-no sua obra-prima.

A construção obedeceu fielmente à idéia de seu criador: chamam a atenção pela graciosidade e harmonia de linhas as efígies da Justiça que aparecem esculpidas nas paredes externas do prédio, de par com as belas alegorias em alto relevo.

Digna de especial, menção é também a conhecida “Sala dos Passos Perdidos” (saguão de entrada) que é amplo centro de distribuição, possuindo uma colunata em estilo jônico, de granito vermelho de Itu, com bases e capitéis de bronze. As escadarias de mármore e os vitrais coloridos dão um toque de imponência à majestosa Casa da Justiça.

Qualquer pessoa que faça uma visita ao Palácio da Justiça, por mais absorta que esteja, sentirá desde logo, a grandiosidade e o respeito à justiça que dele emanam. Não é um edifício que se assemelhe aos muitos outros existentes na cidade: há nele uma espécie de aura de veneração, própria dos locais onde o sentimento se eleva para apreciar o que é belo. Trata-se, sem dúvida, de um verdadeiro Olimpo, onde a deusa Têmis reina sobranceira.

Foram dispendidos na monumental obra cerca de 23 milhões de cruzeiros antigos. A construção foi bastante lenta somente vindo a terminar onde anos depois, quando o Tribunal, em data de 2.01.1923, veio a se instalar definitivamente na nova e suntuosa sede. Possuindo seis andares, o principal deles é o quinto, onde se encontram instalados o Gabinete da Presidência, o Conselho Superior da Magistratura, a Corregedoria Geral da Justiça e as salas das sessões.

No Salão “Ministro Costa Manso” são realizadas as sessões plenárias, e o seu interior em nada ficam a dever aos mais tradicionais e austeros tribunais britânicos, conhecidos pela grandiosidade e fausto. Nele são efetuadas ainda as solenidades do Ano Judiciário e de posse dos desembargadores e juizes que ingressam na carreira.

Ainda no quinto andar encontram-se a “Sala dos Retratos” e a “Sala das Becas”, anexa ao plenário. A primeira é assim denominada por conter as fotografias dos desembargadores que exerceram a presidência do Tribunal, tendo sido organizada na gestão do Des. Firmino Whitaker.

O Tribunal de Justiça possui belíssimos quadros retratando vultos famosos que tiveram assento na Corte ou de personagens que se distinguiram na vida pública nacional. Ali estão os óleos de Campos Salles, Bernardino de Campos, Manoel da Costa Manso, Silvío Portugal, Laudo de Camargo, Cons. Duarte de Azevedo e Xavier de Toledo.

Um dos motivos de orgulho do Tribunal é o fato de ter tido como secretário um homem que viria a ser, anos mais tarde, um dos maiores Ministros que já passaram pelo Supremo Tribunal Federal e autor da clássica obra “Do Poder Judiciário”: Pedro Lessa.

A biblioteca, altamente especializada, possui um grande fichário de jurisprudência sempre atualizado, franqueado a todos os advogados que desejam consultá-lo. Recentemente, o Tribunal criou o Museu do Judiciário Paulista, que conta com um acervo razoável de peças históricas ligadas à vida forense.

No dia 2.01.1932 realizou-se a primeira sessão do Tribunal de Justiça daquele ano. A data coincidiu com a inauguração das novas instalações no “Palácio da Justiça” para onde acabava de se transferir a Corte Judiciária.

O Ministro Urbano Marcondes de Moura, o mesmo que proferira a oração quando do lançamento da pedra fundamental do Palácio, efetuou novo e brilhante discurso ressaltando o fato.

Dessa magnífica peça oratória destacamos o seguinte trecho:

“A Justiça, como a Religião, precisa de ter a sua pompa e o seu culto externo. Se a religião se praticasse nas ruas ou nos pardieiros imundos, desde muito que, abandonando o culto externo, ela teria procurado o seu derradeiro asilo na consciência e no coração do homem. A beleza material, obra da estética e da cultura humana, exerce decisiva influência na vida e nas ações do indivíduo. As grandes catedrais do mundo católico, onde o gênio artístico tem burilado todos os requintes dos ornatos, como suas amplas naves mergulhadas na meia luz velada das abóbadas, adornadas de todo o fulgor da arquitetura e da pintura, e de cujos altares se desprendem numa serenidade augusta, toda a consoladora e misteriosa poesia dos símbolos e das imagens convidam, desde logo, os seus visitantes a um instintivo recolhimento, meditação e respeito. É assim também com a Justiça. Embora acessível a todos, ela carece de estar instalada em palácio vistoso, artístico e confortável, cheio de brilho e majestade, para que a todos inspire respeito, inclusive aos próprios juizes, para que, enfim, possa sugerir à imaginação dos que aí penetram toda a força moral do maior expoente de progresso de um povo, dos mais eficientes dos poderes de um Estado civilizado.”³

Lembrou ainda o Ministro Marcondes de Moura que houvera colaborado com sua parcela para o erguimento do novo prédio, oficiando ao Governo Paulista (ao tempo em que era Diretor do Fórum) encarecendo a necessidade da construção de uma nova sede para abrigar o Judiciário, em vista das condições absolutamente inadequadas do antigo imóvel onde funcionava o Fórum Cível.

A inauguração oficial do Palácio da Justiça, entretanto, somente se daria dez anos após a mudança, precisamente, a 25.01.1942. Nessa oportunidade compareceram o Interventor Federal em São Paulo, Dr. Fernando Costa, o Comandante da 2ª Região Militar, Gal. Mauricio Cardoso, o Arcebispo Metropolitano de São Paulo, D. José Gaspar de Afonseca e Silva, além de outras autoridades civis, militares e eclesiásticas. A sessão solene foi realizada no Salão Nobre (atual Salão “Ministro Costa Manso”).

O Presidente do Tribunal, Des. Figueiredo Ferraz, manifestando-se sobre o acontecimento, disse que a solenidade “causou profunda e grata impressão revelando por parte do Poder Executivo do Estado o mesmo cuidadoso interesse sempre manifestado pelos nossos governos no sentido de prestigiar a Justiça, melhorar os seus serviços e dotá-los de instalações condignas”.⁴

Ainda nessa ocasião, o Presidente anunciou o início da construção de um edifício complementar ao Palácio da Justiça, que viria a ser o Fórum João Mendes Júnior. Esta última declaração não era surpresa, pois o Palácio da Justiça feito para abrigar toda a Justiça da Capital não pudera suportar, com o passar dos anos, o crescente aumento dos serviços judiciários, tornando-se pequeno para as necessidades que o veloz desenvolvimento exigia.

São Paulo já se converterá, então, na “Cidade que mais cresce no mundo” na marcha irreversível para a industrialização. Seu Palácio da Justiça, entretanto, permanece altaneiro, agora protegido pelo patrimônio histórico, uma vez que foi tombado, encontrando-se a salvo de mudanças que possam descaracterizá-lo.

Encerrando, podemos afirmar que o prédio do Tribunal de Justiça de São Paulo é hoje o mais belo edifício público, ante suas notáveis características, felizmente preservadas.

Notas e Referências Bibliográficas.

1. Urbano Marcondes de Moura. *Discurso na instalação do Palácio da Justiça in* RT 85/230.
2. Young da Costa Manso, *Discurso na Abertura do Ano Judiciário de 1972 no T.J.S.P.*, in “Diário da Justiça” de 19.2.72, p. 01.

3. Urbano Marcondes de Moura, disc. cit.

4. Manuel Carlos de Figueiredo Ferraz. *Relatório dos Trabalhos na Presidência do T.J.S.P.* do ano de 1942, in RT 143/875.

Quase Memória

A Voz do Coração

Sálvio de Figueiredo Teixeira
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Bobbio, em seu último livro, *Pelos Caminhos da Memória*, diz-nos que além de sermos o que temos pensado, amado e realizado, somos também o que recordamos. Pois a riqueza está nos afetos que alimentamos, nos pensamentos que tivemos, nas ações que realizamos e nas lembranças que conservamos.

Na mesma linha, já escrevera Afonso Arinos de Melo Franco, em seu livro *Amor a Roma*, onde, após registrar que “na vida, como na natureza, os frutos se colhem no outono”, acrescenta que “nos momentos de fadiga da caminhada, o melhor repouso é a lembrança das suas horas douradas”.

Era dia 12 de junho. Dia dos namorados, no calendário dos que amam. O ano, 1979. E o cenário era como este. Embora em instalações sem a beleza desta sede e sem a voz de Maria Lúcia Godoy a cantar “é a ti flor do céu”, o ambiente também era de festa e confraternização, emoldurado pela presença dos amigos.

Naquela tarde, cheguei a este Tribunal, tomando posse na companhia de um dileto Colega, de magistério e magistratura, o Des. Walter Veado, professor como poucos e juiz exemplar pela cultura, sensibilidade humana e conduta irretocável.

Com rápida passagem pelo foro da Capital, da qual a melhor lembrança fora a experiência vivida no Juizado de Menores, de tantas carências e idealismo, trazia nos alforjes sobretudo a inesquecível recordação da judicatura interiorana.

Ao chegar a este que veio a ser o meu primeiro Tribunal, consciente de que começava uma nova etapa, na qual o ponto mais relevante era realizar a Justiça contribuindo para a formação da jurisprudência nacional, senti de imediato que o ambiente era respeitoso, fraterno e acolhedor, como aliás, sempre foi do gosto da gente mineira. Juizes que aprendera a admirar ao longo da carreira, mostravam-se, no convívio diário, simples e desvestidos de vãs vaidades, preocupados todos em julgar com acerto, isenção e presteza.

Atuando nesta Corte, logo também percebi, pela sua austeridade e postura sempre vertical dos seus julgadores, o significado, a responsabilidade e o relevo em integrá-la neste território encantado das Gerais, templo do culto à liberdade, de lendas e tradições, de tantos heróis, cantigas e amor à essencialidade.

Designado para a 2ª Câmara Criminal, nela encontrei dois grandes juizes, Lúcio Urbano e José de Barros que se destacavam pela operosidade, segurança e lucidez nos julgamentos. No primeiro, atual e digno comandante do judiciário mineiro, descortinava-se sobretudo a efervescência cultural da ciência penal; no segundo, a dedicação beneditina no exame da prova. Com um e com outro, muito aprendi.

Ao compor, tempos após, a Primeira Câmara Cível, experimentei os melhores momentos de colegiado que tenho vivido. Nela, em convívio ameno, marcado pela *fraternura* – para usar de feliz expressão do genial autor de *Sagarana e Grande Sertão-Vereda*-, recebia lições de direito e de vida, muitas vezes repassadas do mais genuíno humor mineiro, terreno no qual se sobressaía essa notável figura humana que é o Márcio Sollero, por nós outros chamado carinhosamente de *guru*.

Nesse fecundo convívio de cinco anos, no qual eram comuns as conversas sobre literatura e as coisas do que vivia, não raras eram às vezes em que antecipávamos a solução de julgamentos futuros ao debater informalmente, no final das sessões, as nossas dúvidas e angústias. Deles nasceram os enunciados de jurisprudência uniforme, quase uma centena, que povoam a jurisprudência nacional e a própria doutrina brasileira.

Ao retornar hoje a esta augusta Casa, a exemplo do que ocorrera naquela já distante 1979, vejo-me na companhia, honrosa a todos os títulos, de um outro grande juiz, dos maiores de nossa história, expressão maiúscula da nossa cidadania que o País, em sua unanimidade, reverencia pelo talento e pela coerência, nome hoje reivindicado, por respeitáveis e expressivos segmentos da sociedade, para ocupar o mais alto posto da hierarquia nacional.

É na companhia desse ilustre atleticano filho da Vila Real de Nossa Senhora da Conceição do Sabará, Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, que, convocado, aqui comparece para receber, em manifestação de espaço e carinho, a recém instituída Medalha do Mérito, de uma Corte que sempre tive na afeição, envaidecido pela desvanecedora distinção de Colegas que tanto prezo pelos laços da amizade e da admiração, nos quais sempre divisei, além da cultura, as virtudes que sempre marcaram a admirável magistratura de Minas Gerais.

Como anotou Régulo da Cunha Peixoto, em seu discurso de posse como presidente, “Nesse Tribunal, mercê de Deus, reina a fraternidade, cultiva-se o trabalho, esquecem-se as fadigas, estuda-se o Direito, ama-se e aplica-se a Justiça.”

Foi este Tribunal importante em minha carreira, notadamente porque nele aprendi a julgar em segundo grau, colegiadamente. E tem sido ainda mais, porque nele colhi, dentre tantas lições, a confirmação do que disse Aguiar Dias, de que a nenhum senhor o juiz deve render obediência, senão ao seu ideal de Justiça, entendia esse como instrumento de harmonia social. E porque aqui tenho conhecido juízes, hoje como ontem, que, como assinalava aquele saudoso jurista, cassado e perseguido à semelhança de Pertence, se incorpora, à legião dos que se esforçam por um mundo melhor, à legião dos juristas que, recusando ser meros passistas de texto, aceitam e realizam a tarefa de buscadores da verdade a serviço da ordem e da justiça sociais. Juizes, aduzam-se, que dão à lei uma dimensão maior, atentos ao comando de que devemos aplicá-la atendendo os seus fins sociais e as exigências do bem comum, consciente de que soberana não é lei, mas a vida.

Hoje, são outros os horizontes. Democratizou-se o País. E a Constituição de 1988, não obstante suas deficiências, prestigiou a cidadania e o Judiciário, que está a participar efetivamente dos destinos da Nação, sem embargo daqueles que, pelos postos ocupam, muitas vezes não tenham uma visão mais profunda e abrangente, esquecidos de que, se o Judiciário é essencial à democracia, não se terá um Judiciário de boa qualidade se não investimos na busca dos melhores, pela capacidade e pela vocação, para o bom exercício da árdua e difícil missão de julgar.

Como de outras vezes, vamos superar mais esta fase, não só porque um Judiciário eficiente se situa na esfera dos direitos fundamentais, dos direitos humanos de terceira geração, como também porque a sociedade contemporânea já não mais prescinde de um Judiciário forte e eficaz, com autonomia e independência.

Nos tempos que velozmente se aproximam, cada vês mais se recorrerá ao Judiciário para as garantias dos direitos da cidadania e da própria sobrevivência da democracia, ao encontro de uma sociedade livre, humana, justa e solidária, contra a omissão e a prepotência dos poderosos e eventuais detentores do poder político.

Neste momento de justificadas apreensões, de inquietações e incoerências, não bastam a retórica e o discurso, impondo-se a compreensão de que inadiável a melhoria da prestação jurisdicional, a começar pela modernização do judiciário, com planejamento permanente e efetivo, para responder aos desafios dos novos tempos, que chegam como o novo século no dorso de uma evolução científica e tecnológica que está a exigir novas concepções e novas posturas. Só assim teremos o Judiciário que a sociedade merece e com o qual todos nós sonhamos: confiável, eficiente, eficaz, ágil, transparente, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade de alma humana.

Mário Quintana, o poeta dos pampas, com indescritível beleza dos seus versos, nos fez lembrar:

“Se as coisas são inatingíveis...Ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes seriam os caminhos,
se não fora a mágica presença das estrelas”

Se os sonhos, acrescento, fossem uma mera utopia, ainda assim valeria a pena lutar por eles, pois, como escreve Fernando Pessoa, “tudo vale a pena se alma não é pequena”. É muito mais, porém, o que se deseja e que podemos realizar, a começar pelos tribunais como este, no qual confia a sua gente, onde se cultiva o trabalho com eficiência, a celeridade é uma preocupação constante, onde se pratica o humanismo nas decisões e na convivência diária, onde é prioridade o aprimoramento cultural, com um sem número de belas iniciativas, como está a atestar o seu importante Centro de Estudos Ronaldo Cunha Campos.

Por tudo isso, como ocorreu com aquele humilde pintor de paredes que, extasiado ante os quadros de Renoir, Gauguin, Van Gogh, Monet e demais impressionistas, orgulhosamente bradou que também era pintor, envaidecido também proclamou que um dia integrei este notável Tribunal, do qual tanto nos orgulhamos, nós mineiros e brasileiros.

Senhor Presidente, Juiz Joaquim Herculano Rodrigues, não devo alongar-me. Mas se impõe uma palavra de agradecimento.

A Vossa Excelência, juiz de escol e um dos reconhecidos líderes da magistratura nacional, que tão bem vem dirigindo esta Casa, e aos seus não menos eminentes pares, todos da mais pura linhagem judicial, que nos distinguiram com gesto tão fidalgo e, quanto a mim, generoso, ao agradecer socorro-me, tão elevada a comenda, dos versos de Camões, assim lançados:

“Assim que a vida é alma esperança,
e tudo quanto tenho tudo é vosso;
e o proveito disso eu só levo.
Porque é tamanha bem-aventurança
O dar-vos quanto tenho e quanto posso,
Que quanto mais pago, mais vos devo.”

Em concluindo. Senhor Presidente, além de grato, pela homenagem e pela presença de tantos Amigos queridos, estou igualmente feliz, sobretudo porque ciente de que comungamos os mesmos sonhos, ideais e sentimento, pois como nos diz o cancionista popular, “o que importa é ouvir a voz que vem do coração”.