

ISSN 1413-2605

REVISTA JURÍDICA



IN VERBIS

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO
RIO GRANDE DO NORTE

Número 04 • Segundo Semestre 1996

EDITORA DA UFRN - EDUFRN

Tiragem desta edição: 400 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que seja citada a fonte.

Toda a correspondência para revista deverá ser endereçada à

PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA DIRETORA
DO CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
AVENIDA SALGADO FILHO, CAMPUS UNIVERSITÁRIO, NATAL - RN
CEP 59072-870 NA T AL/RN

REVISTA JURIDICA *IN VERBIS*

v.2. n. 4. (dez 1996 -)

Natal: Editora da UFRN - EDUFRN. 1996_

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE CENTRO DE
CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS CURSO DE DIREITO CURSO DE
DIREITO

REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS*

REITOR

JOSÉ IVONILDO DO RÊGO

VICE REITOR

ÓTON ANSELMO DE OLIVEIRA

DIRETORA DO CCSA

MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

PROFESSORES CONVIOADOS

BENTO HERCULANO DUARTE NETO

CLEANTO FORTUNATO

DARCI PINHEIRO

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

FRANCISCO BARROS DIAS

IVAN LIRA DE CARVALHO

JULIANO SIQUEIRA

LUIS ALBERTO DANTAS FILHO

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO

WANDERLEY MARIA DOS REMÉDIOS

FONTES

MONICA FURTADO

NADJA CALDAS LOPES CARDOSO

ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA

TATIANA MENDES CUNHA

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

PROFESSOR HONORARIO

IVAN MACIEL DE ANDRADE

COMISSÃO EDITORIAL

CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA

FLÁVIA SOUSA DANTAS

FRANCISCO GLAUBER PESSOA

ALVES GIORGIO SINEDINO DE ARAÚJO

SIVANILDO DE ARAÚJO DANTAS

CAPA

PROFESSORA FÁTIMA MARIA DANTAS

COSTA

NORMALIZAÇÃO

PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO

BORBA

EDITORAÇÃO ELETRONICA

CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA

IN VERBIS

EDITORIAL

Pois é, outra vez aspiramos, lutamos e conseguimos a publicação de mais um número da revista jurídica *In Verbis* (não sem a labuta óbvia de praxe, mas recompensados com o *feedback* que a nossa revista vem recebendo).

Na verdade, nossos esforços não podiam ter melhor regozijo. A divulgação dos periódicos anteriores por todo Brasil e várias universidades estrangeiras, citemos Coimbra e Harvard como exemplo, só nos tem trazido prazer e satisfação. Agradecimentos às funcionárias do setor de doação da Biblioteca Zila Mamede, que nos ajudaram bastante nesse Intento.

Sem embargo da modéstia devida, podemos dizer que a *semente* lançada na primeira revista, época na qual o número de artigos não ultrapassou treze, limitados ao máximo de três folhas, já se tomou, ao longo da nossa incipiente história, uma *bela árvore de raízes fortes*, pois, com o total de quase 40 trabalhos recebidos, ficou a certeza de que a *In Verbis* é um veículo perene dos graduandos do Curso de Direito da UFRN para divulgação do melhor de cada semestre.

Para reunirmos os artigos, o intenso fomento inicial foi substituído pela iniciativa espontânea e numerosa dos estudantes, restando à Comissão Editorial a grata, mas, não menos difícil, tarefa de estabelecermos limites e critérios para a publicação dos trabalhos que se enquadrassem ao perfil da nossa revista (vide, ao fim deste volume, as regras atualizadas para apresentação de originais), modificando a realidade anterior de publicar quase a totalidade dos artigos entregues.

É com prazer que informamos que hoje não somente os estudantes da UFRN, mas também os de outras instituições de ensino, bem assim os já graduados na ciência do direito, estão honrando-nos com sua produção intelectual.

Em virtude desta profícua e dignificante mostra de que estão os que fazem a comunidade jurídica potiguar, mais do que nunca, fazendo valer os anseios de produção científica de que dela se espera, estamos, em atenção às sugestões dos nossos abnegados lentes, insistindo para que os alunos procurem a orientação de professores e profissionais do direito ao elaborarem seus trabalhos, com vistas a um maior apego jurídico - científico à temática a ser proposta e a evitar-se também a repetição da forma de abordagem a qual é dada aos temas.

É evidente que produzir uma revista de quarenta artigos seria impraticável (não indesejável) e também extremamente maçante ao leitor. Por isso, pedimos a compreensão daqueles que dispensaram seu tempo, almejando a publicação dos seus artigos, e não atingiram sua meta, pois de modo algum isto constitui demérito, porquanto todos os trabalhos alcançaram excelente nível. Essa realidade transformasse, sim, em um novo desafio, arraigado pela realidade do elevado nível de propriedade com que os temas vem sendo tratados.

Por isso que, foi adotado pelos editores o critério de privilegiar os trabalhos dos estudantes da graduação que obtiveram melhor conceito junto ao corpo docente. Enfim, renovamos o convite para que todos continuem colaborando conosco.

A Revista Jurídica *In Verbis*, ciente também das modernidades e da praticidade com que os computadores nos permitem conviver hoje em dia, para breve estará inaugurando o nosso endereço na Internet, ampliando, por conseguinte, os meios

de divulgação da nossa cultura jurídica.

Outrossim, os entendimentos no sentido de reconhecer-se a nossa gloriosa *In Verbis* como publicação oficial da UFRN (está dando, assim, apta a emissão de certificados), estão encaminhados. Com o apoio prometido pela Pró-Reitoria de Extensão Universitária, queremos crer que, para o próximo número, esse ideal já será realidade.

Alguns dos nossos pioneiros companheiros - de grata lembrança - Eduardo Medeiros Cavalcanti e Fábio Barbalho Leite, se formaram e deixaram o Conselho Editorial, ocupados agora com a realidade concreta da realização profissional, restando-nos um certo vazio e a nossa grande torcida a estes novéis operadores do Direito. Mas, em compensação, juntaram-se a nós, nessa batalha árdua que é publicar a *In Verbis*, os colegas Flávia Sousa Dantas e Sivanildo de Araújo Dantas, que, desde logo, se integraram à filosofia da revista, colaborando substancialmente para este número. Fica o convite para que outros graduandos venham e ajudem-nos a perpetuar essa realidade.

Agradecemos ao Magnífico Reitor Ivonildo Rêgo, à Diretora do CCSA, Professora Socorro Barba e ao nosso aguerrido Professor Walter Nunes da Silva Júnior (que junto com a segunda está conosco desde os nossos primórdios, incentivando e dando-nos a certeza de sermos absolutamente normais em levar essa idéia à frente), por possibilitarem a impressão deste número, junto à Editora Universitária, e não mais com recursos próprios (que por sinal estavam deveras escassos). Fica o obrigado e a esperança concreta de que esta aliança seja duradoura.

Por derradeiro, expressamos a nossa gratidão a todos os professores que nos ajudaram analisando os trabalhos, aconselhando-nos, ouvindo-nos e, lógico, encorajando-nos a fazer mais este número.

Que a acolhida deste novo volume alcance o êxito proveitoso dos anteriores e lance as luzes para o próximo.

Como dito no início, a planta cresceu e criou raízes, cabe-nos a todos, agora, regá-la, para que não soçobrem os nobres esforços expendidos até aqui pela comunidade acadêmica.

A COMISSÃO EDITORIAL

SUMÁRIO

| | |
|---|--|
| MORTE. | CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ABORTO E DA PENA DE |
| | Adrienne Maria Ribeiro de Souza |
| | BREVE ENFOQUE ACERCA DA AÇÃO MONITÓRIA NO |
| PROCESSO TRABALHISTA. | Alba Paulo de Azevedo |
| | ARBITRAGEM: A Lei nº 9.307/96. Azevedo Hamilton Cartaxo |
| | DESVINCULAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COM A |
| IDÉIA DE DEMOCRACIA. | Carline Regina de Negreiros Cabral... |
| | ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA PARA EFEITO DE CONCESSÃO |
| DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. | Cristina Silva Macêdo |
| | A INFORMATIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES: A EXPERIÊNCIA DA |
| JUSTIÇA ELEITORAL EM NATAL RN. | Eliane Nascimento de Meio |
| | DO NOME CIVIL DA PESSOA NATURAL E SUAS IMPLICAÇÕES. |
| | Everton Amaral de Araújo |
| | DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS |
| EFEITOS INFRINGENTES. | Francisco Glauber Pessoa Alves |
| | PEDIDO DE CITAÇÃO: REQUISITO EMBARAÇOSO A ATIVIDADE..... |
| | POSTULATÓRIA. João Eduardo Ribeiro de Oliveira |
| | NEOLIBERALISMO : INIMIGO DA CIDADANIA. Leifson Gonçalves |
| Holder da Silva | |
| | AUTORIDADE COATORA EM MANDADO DE SEGURANÇA - |
| ANÁLISE COM BASE EM CASO CONCRETO. | Luana Pedrosa de Figueiredo |
| Cruz | |
| | É A JUSTIÇA A REAL META DO DIREITO? Roberto Di Sena Júnior |
| | COMENTÁRIOS À LEI QUE REGULAMENTA A PRODUÇÃO DE |
| PROVAS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES | Rossana de |
| Araújo Rocha | |
| | QUEM ASSUME A TITULARIDADE DE UMA PREFEITURA |
| CASO O PREFEITO ELEITO VENHA A FALECER ANTES DA | |
| DIPLOMAÇÃO? | Sivanildo de Araújo Dantas |
| | ABRE TEUS OLHOS THÉMIS! Vanessa Alessandra Pereira |
| | CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. |
| Vicente Elísio de Oliveira Neto | |

DIREITO A EDUCAÇÃO E INICIATIVA PRIVADA. Vladimir
Azevedo de Mello

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ABORTO E DA PENA DE MORTE

Adrienne Maria Ribeiro de Souza Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

*"A moral política não pode oferecer à Sociedade qualquer vantagem perdurável. se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração humano".
Cesare Beccaria*

o aborto e a pena de morte. Poucos temas têm dividido tanto a sociedade como estes. O primeiro continua na clandestinidade, enquanto o segundo tem sua versão mais sutil nas precárias instalações carcerárias espalhadas por todo o país. A análise de ambos suscita necessariamente indagações morais, sociais, econômicas, políticas e religiosas, onde sobra complexidade e falta consenso. Aqueles que os condenam vêm neles um problema que deflagra as mazelas de uma sociedade extremamente injusta. Por sua vez, os defensores consideram-nos como solução imediata para uma situação que se apresenta insustentável.

Problema ou solução, ambos põem fim ao bem mais precioso do ser humano: a vida. Aliás, é esta a conseqüência mais inquietante a respeito do aborto e da pena de morte. Uma vida abreviada é um bem irrecuperável. Uma vez consumados, não haverá mais lugar para retrocesso. Inexistirão meios de corrigir erros. Gostando ou não, ao legalizar tais situações a sociedade sempre deparar-se-á com a seguinte pergunta: temos o direito de tirar a vida de alguém?

A despeito do peso moral de tais questões, defender o aborto e a pena de morte é até cômodo, afinal é mais fácil livrar-se, de qualquer maneira, de um problema a enfrentá-lo. Complicado é procurar soluções significativas que, se algum dia forem alcançadas, demandarão um empenho exaustivo não só do governo, mas de toda a sociedade. Para ter resultados concretos e duradouros, não há outro caminho senão o de uma profunda reforma social no país¹.

Não raro é tentar expor o problema como se fosse um cálculo matemático de propriedade transitiva de igualdade. Atente-se, por exemplo, ao que se comenta sobre a pena de morte. "Se é sabido que as dificuldades financeiras de alguém incitam a violência e se nada podemos fazer para resolver tais problemas - porque já nos bastam os nossos - então nada podemos fazer para amenizar toda esta violência em

¹ Nesse particular, Virgílio Donnici em seu estudo sobre a criminalidade no Brasil considera que: "a miséria e a pobreza causam desvios de comportamento e que aqui surge uma crescente criminalidade aquisitiva e assustadora (...), cujos autores superlotam as prisões brasileiras, anotando-se que os seus ocupantes são produtos de uma inadaptação social e econômica (...), os párias da sociedade brasileira injusta e desigual, sociedade falida que precisa ser mudada na sua estrutura social, de maneira funda e total, com uma melhor distribuição de riqueza, sob pena de nos tornarmos um Brasil de assassinos, todos armados à procura de comida, à procura de paz, à procura de tranqüilidade, que não pode ser resolvida pela violência policial, como se o problema da criminalidade crescente no Brasil fosse um problema de polícia, de matar para eliminar aqueles que incomodam, mas que na verdade o Estado não lhes dá condições mínimas para sobreviver". Ob. Cit., p. 238

potencial". Sendo assim, porque percorrer este caminho tão demorado e difícil que é o da redistribuição de renda, enquanto assistimos aos nossos jovens serem mortos por um par de tênis?

O problema é que atenuar os índices da violência, proporcionando melhoria de vida às camadas marginalizadas da sociedade até pode parecer uma realidade distante, mas o agente da violência é um alvo concreto. A injeção letal ou a cadeira elétrica é capaz de acabar em segundos com este agente, impedindo-o de vez de proliferar a violência que gera. BECCARIA em brilhante reflexão acerca da pena de morte argumenta que ela não se apoia em nenhum direito. "É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão". Em seguida, completa e desafia: "se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou necessário, ganharia a causa da humanidade"².

É flagrante e, por vezes, compreensível esta insatisfação com toda a violência desmedida da qual somos vítimas potenciais. A cada noticiamento da imprensa, cresce o sentimento de revolta e a necessidade de obter soluções imediatas. Quando o cidadão comum abre o jornal e lê manchetes como "Bala perdida de um assalto vitima criança que brincava por perto" fica difícil não pensar na hipótese, ainda que por segundos, com simpatia. As passeatas em prol da paz no Rio de Janeiro e em São Paulo, a pressão em tomo da reforma do Código Penal são apenas alguns dos sinais deste estado de descontentamento que nos tem acometido³.

Chegar a uma conclusão sobre o que considerar ou não quando da aplicação de uma pena de morte é tarefa, no mínimo, densa. O caso concreto é sempre desafiador e a consulta às obras clássicas norteia, mas é o seu senso comum quem ditará as regras do certo e do justo⁴. Preocupante, pois, é saber que este julgador encontra-se numa sociedade onde ainda se mantém, especialmente na região Nordeste, as mesmas amarras do coronelismo áureo da década de 20. A atividade jurisdicional desta sociedade está confiada a um poder judiciário, em regra, lento e pouco aparelhado, onde o juiz, por vezes, sequer possui um ambiente de trabalho digno e coerente com a relevante função que exerce. Ambos, representantes da dicotomia sociedade-juiz, irão estar à frente da aplicação da pena capital através da instituição do tribunal do júri. Por isso, é de bom alvitre analisar tais aspectos antes de defendê-la e só então responder com isenção de ânimo a seguinte pergunta: O Brasil tem estrutura

² Cesare Beccaria, Dos delitos e das penas. ob. cit., p. 45.

³ Tenha-se como exemplo o texto de um informe do "Jornal do Brasil" que traduz com perfeição a consciência coletiva sobre o assunto: "E é bom lembrar que esta cidade não é uma selva, porque na selva o otimismo milenar criou regras de comportamento. O mais forte devora o mais fraco dentro do equilíbrio ecológico e natural. Na megalópole sem respeito pelo homem, como no Rio, a situação é muito pior. Aqui não há regra ou lei, a não ser a da cobiça, que contamina e explode na noite escura em orgias de sangue, rito e celebração de um tempo de assassinos". 25 jul. 1982.

⁴ São diversos os trabalhos científicos cujas obras tornaram-se clássicos do estudo da criminologia, dentre as quais destacam-se as contribuições antropológicas de Lombroso; endocrinológicas de Nicola Pende; biotipológicas de Kreschmer; genéticas de Havelock; psicológicas de Watson; sociológicas de Ferri; psicanalíticas de Freud; e morais de Abercomby. Todas oferecem ao julgador visões controvertidas, ao mesmo que o conscientiza da multiplicidade de enfoques sobre o mesmo tema.

para comportar a responsabilidade que é adotar a pena capital?

O país não pode julgar-se preparado para uma punição tão severa sem a certeza de que assegurará um julgamento o mais justo possível. Uma questão tão delicada, onde o condenado perderá sua vida, merece um envolvimento maior do julgador em relação a uma lide patrimonial.

A pena capital está prevista somente para os crimes dolosos contra a vida, o que nos regride ao Código de Hamurabi e seu princípio "olho por olho, dente por dente". Na concepção superficial de seus defensores é nesta conduta delituosa que se revela a parcela mais hedionda e indesejável da sociedade. Necessário, porém, levar em consideração o estresse diário do mundo moderno, capaz de nos deixar, à mercê de circunstâncias adversas, potencialmente violentos. É por essa razão que o homicídio, ao contrário do que aparenta, não é o crime dos socialmente irrecuperáveis. Os crimes contra o patrimônio são evitados sobretudo por um senso ético muito forte que, uma vez desassociados de dificuldades econômicas, raramente tenderão a surtir rompantes delituosos. Não é o que ocorre com o homicídio. As circunstâncias que detonam a prática desta violência extremada são cheias de peculiaridades que não podem ser desconsideradas⁵. É perfeitamente possível que um cidadão comum, numa briga de trânsito, depois de um dia cheio, perca a paciência e impensadamente saque uma arma.

A sociedade tem obrigação moral de refletir sobre tais aspectos e, só então, concluir se a pena de morte realmente resolve. De todos os questionamentos aqui apostos este é, sem dúvida, o mais crucial. Confiar que os índices de criminalidade diminuirão face à possibilidade de uma iminente punição numa cadeira elétrica é até ingênuo. Uma pessoa normal decidida a cometer um delito já se despiu completamente de seus princípios morais e o fará por interesses diversos que anularam a consciência do mal a ser produzido ou da punição a que ficará sujeito. E isto não é só consequência de um sistema punitivo falho que produz a certeza da impunidade, propaganda como o grande mal do ordenamento penal pátrio, não importa o quanto esteja bem estruturado o sistema penal de uma nação, os delitos sempre existirão por razões as mais banais. O indivíduo disposto a cometer um crime dificilmente vislumbrará a cena de sua execução com injeções letais⁶. Os Estados Unidos, um dos países mais desenvolvidos do mundo, adotou a pena de morte em muitos estados-membros de sua federação e nem por isso

⁵ Vitorino Prata Castelo Branco inicia seu estudo sobre a criminalidade, indagando-se por que o homem furta, agride e/ou mata" Conclui que o homem é um animal como qualquer outro, sujeito às mesmas leis que regem todos os seres vivos, no destino da sobrevivência e da perpetuação da Espécie" Leis biológicas, referentes à vida; leis mesológicas, referentes ao meio ambiente; leis sociológicas, referentes à convivência social; leis patológicas, referentes à moléstias diversas, especialmente mentais" Ob" Cit, p" 15"

⁶ Esta conclusão, embora considere a regra, não é absoluta. Reconheço o poder repressor das normas penais, entendendo-as, porém, sem força perante pessoas amorais. Neste sentido, distancio-me da sempre respeitada opinião de Beccaria para o qual "sendo as leis cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e Isto é útil, pois este conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime". Ob" Cit., p" 16"
O doutrinador criminalista Emst Seelig em sua obra "Manual de Criminologia 'Z' registra um fato interessante: "o estado psíquico do condenado é fundamentalmente muito variado segundo sua personalidade. Muitos assassinos desejam expiar o seu crime por meio da morte, outros ao contrário - especialmente os criminosos profissionais - apresentam-se em frente da morte próxima, com a qual já contava, embotados e fazem considerações cinicas" Cp) O ladrão assassino de Paris, Charrier, fumava um cigarro à vista da guilhotina"" Ob Cit, p 181 e 182.

deixou de ter um dos maiores índices de criminalidade que conhecemos⁷.

Aqueles que condenam o aborto e a pena de morte inevitavelmente deparam-se com delicadas questões intencionalmente indagadas para derrubar seus argumentos, tais como: E se fosse você? O que você faria para lidar com uma gravidez indesejada ou com o assassinato brutal de um parente querido?

Pode-se rebater tais indagações argumentando que o ideal seria, no primeiro caso, que a gravidez fosse devidamente evitada e, no segundo caso, que a marginal idade fosse atenuada pela garantia a todos de uma vida digna sem a miséria que induz à violência. Mas como atingir este ideal se apenas 22%, aproximadamente, das mulheres brasileiras na faixa de 15 a 54 anos utiliza algum método anticonceptivo e se 28,6% da população vive nas mais precárias condições de moradia (entenda-se barracos ou favelas). Num país onde 56,1% não tem instrução e ou sequer completam um ano de estudo?⁸.

O ideal de uma sociedade mais justa seria aquele em que todos tivessem acesso efetivo ao mínimo necessário. A Carta Magna nacional, inclusive, elenca no art. 3º e incisos aqueles que constituem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esteticamente bonito, sem dúvida, mas, infelizmente, apenas teórico na realidade hodierna.

Pelo menos, a pena capital, inobstante seus adeptos, ainda se resume a projetos de lei que tramitam nas gavetas do Congresso Nacional, e até que se cogite seriamente sobre a sua legalização, é certo que será questionada por uma sociedade tradicionalmente aversa a esta hipótese. Este é um aspecto positivo.

O mesmo, infelizmente, não ocorre com relação ao aborto, porque quer o governo ou a sociedade condenem a sua prática ou não, ela existe e vai continuar existindo, independentemente de legalização. Enquanto os políticos desconversam sobre o tema para não se comprometerem ou a igreja repudia o uso de preservativo, o aborto continua acontecendo clandestinamente, em "fundos de quintais", onde mulheres pagam fortunas para abortar nas mais precárias condições possíveis, correndo, inclusive, riscos de vida.

É este o aspecto mais trágico que muitos me "esquecem" de abordar quando estão em seus discursos "pró vida e família brasileira". Na realidade, poucas são as mulheres que diante das dificuldades financeiras pelas quais passam, da violência do mundo moderno e da falta, o que é bem freqüente, do apoio do

⁷ Nos países de cultura elevada, poupados a convulsões políticas graves, as execuções tornaram-se cada vez mais raras" À prática crescente do indulto seguiu-se, finalmente, e pouco a pouco, a abolição da pena de morte" Países como a Noruega, Suécia e Alemanha que aboliram-na em definitivo desde 1905, 1921 e 1937, respectivamente" Na Áustria, em 1746, Sonnenfels defendeu a tese segundo a qual as penas de morte deveriam ser substituídas pelo trabalho forçado severo para fins de utilidade pública" Mas foi somente em 1950 que esta nação suprimiu com força de lei a pena capital.

⁸ Dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, constantes na mais recente "pesquisa por amostra de domicílios", realizada no ano de 1995. Ressalve-se, entretanto, que a pesquisa foi feita somente com 10% do total de domicílios de cada Estado-membro da federação, segundo a própria rotina desta instituição.

companheiro, optariam por enfrentar tudo isso e criariam seus filhos sozinhas. E, indubitavelmente, todos estes problemas vão estar muito mais incutidos nas mentes delas na hora de tomar uma decisão do que a figura do padre de sua paróquia dizendo que o aborto é contra as leis de Deus ou o dispositivo do Código Penal que o tipifica como crime.

Um dos argumentos a favor do aborto sustenta-se na negação da vida nos primeiros meses de gestação, portanto não haveria de se falar em crime. Ao discutir a legalização do aborto, é imprescindível distinguir a partir de qual momento há vida no feto. A questão não é pacífica. A religião entende vivo o ser desde a concepção, mas a medicina tende a considerar a vida a partir da formação total dos órgãos essenciais do feto. De qualquer forma, ainda que nos primeiros meses não haja vida propriamente dita, o aborto põe termo a esta expectativa, à certeza futura de formação de uma vida. Daí ser compreensível a propaganda anti-aborto que o classifica como assassinato em qualquer estágio da gravidez⁹.

Adentre-se no caso do aborto eugenésico, criminoso à luz das normas penais brasileiras.

Coloquemo-nos, entretanto, no lugar da criança. Será que um bebê disforme, condenado a passar o resto de sua vida totalmente dependente dos outros, se tivesse que escolher optaria por viver dessa forma? Pode-se considerar vida a simples passagem pelo mundo, sem desfrutar das coisas mais elementares da nossa existência, como constituir família ou participar do progresso de seu país? 10

Por outro lado, a simples hipótese por mais ínfima que seja de uma resposta positiva já é capaz, por si só, de tomar o aborto uma prática incogitável e criminosa. Esta resposta, infelizmente, jamais teremos.

Tais considerações podem parecer superficiais demais frente a um assunto tão complexo e polêmico, mas, é lógico, a intenção não é exaurir o tema que demandaria muito mais que este desprezioso artigo para ser devidamente debatido. A proposta, porém, é exatamente a que, por ora, aqui se encontra, ou seja, abordar alguns aspectos do aborto e da pena de morte com isenção da corriqueira conclusão "a favor ou contra". Mesmo porque, embora cientes desses aspectos, na pressa de tomarmos algum posicionamento, não raro deixamos de ponderá-los.

10 o eminente mestre penalista Magalhães de Noronha posiciona-se radicalmente contra a hipótese do chamado "aborto eugenésico ou eugênico", vide considerações apostas no Diário de São Paulo de 02 de agosto de 1962, transcritas e reafirmadas em sua obra de Direito Penal, cujo texto ele finaliza da seguinte forma: "Como quer que seja, todo ser nascido de mulher, possua a forma que possuir, é humano, é homem, é sujeito de direito e tem personalidade. A doutrina do Direito

⁹ Paulo Sérgio Leite Fernandes argumenta que "No aspecto moral, alguns não reconhecem vida no ovo. Crêem que enquanto o feto não adquiriu semelhança à pessoa humana inexistente qualquer impedimento à extirpação. São censurados, com razão, pelos que não estabelecem qualquer distinção entre o óvulo apenas fecundado e o feto já desenvolvido. É claro que nenhuma diferença há entre um e outro, porque em ambos há uma centelha, há vida, independentemente da forma ou das características humanas adquiridas por um e ausentes no outro. O problema fundamental, ou essencial, é que os defensores do abortamento não sentem questões de consciência na extirpação de um óvulo fecundado com poucos dias de vida, sentindo-as, entretanto, quando o produto a ser extirpado já se apresenta à sua imagem e semelhança. O ato, no entanto, em qualquer caso é o mesmo, pois aquele que não tem forma humana a teria breve não fosse destruído". Ob. Cit., p. 47.

Romano, que negava capacidade jurídica aos que contra formam humani generis, converso more proceantur não seria hoje tolerável". Ob. Cit., p. 63 e Diário de São Paulo, 12 ago. 1962.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. Criminologia. 1- 00. - São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

CASTIGLIONE, Teodolino. contemporânea. - São Paulo: Lombroso perante a criminologia Saraiva, 1962.

DONNICI, Virgílio Luiz. A criminalidade no Brasil (meio milênio de repressão). - Rio de Janeiro: Forense, 1984

VERGARA, Pedro. Dos motivos determinantes no Direito Penal. 2- ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Aborto e infanticídio. 1- ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1972.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Pesquisa Nacional por amostra de domicílios, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1994. Vol. 2

PACINI, Dante. Filosofia da ciência criminal. - Rio de Janeiro: Editora J. Di Giorgio, 1983

SEELIG, Emst. Manual de criminologia 2. Tradução de Guilherme de Oliveira, revisado por Eduardo Correia - Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

SUTHERLAND, Edwin H. Principies of criminology. 3- ed. - Chicago: J. B. Lippincott Company, 1939.

TARDE, Gabriel. A criminalidade comparada. Tradução de Ludy Veloso Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957.

TAYLOR, Ian, Paul Walton e Jock Young. Criminologia crítica. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo - Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

VERGARA, Pedro. Dos motivos determinantes no Direito Penal. 2- ed. -
Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

BREVE ENFOQUE ACERCA DA AÇÃO MONITÓRIA NO PROCESSO TRABALHISTA.

Alba Paulo de Azevedo Acadêmica do 7º Período do Curso de Direito da UFRN

1. Exórdio. 2. Considerações iniciais. 3. Perfil histórico. 4. Cabimento. 5. Procedimento. 6. À guisa de arremate. 7. Bibliografia.

1. EXÓRDIO

Ab initio, cumpre asseverar que o afã deste ensaio é apresentar, numa exibição de um instante, algumas observações atinentes à AÇÃO MONITÓRIA no âmbito da JUSTIÇA OBREIRA.

Serão trazidas à baila as inovações da Ação Monitória à luz da lei N° 9.079 de 14 de julho de 1995, bem como sua adequação à seara trabalhista, fundamentalmente, pela celeridade do procedimento, fator de profunda relevância para a solução dos conflitos laboristas. Celeridade que se mostra cada vez mais urgente face à condição social desfavorável do trabalhador imposta pela conjuntura sócio-econômico-política. Eis por que a azáfama de uma resposta jurisdicional às pretensões deduzidas pelo trabalhador urge nos dias atuais, sob pena de agravamento dessa condição social constrangedora.

Certamente, faltarão muitos pontos a abordar, porém, valerá este breve estudo, se, porventura, forem suscitadas discussões que tragam soluções para os impasses no que tange ao cabimento da Monitória na Justiça do Trabalho.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Ação Monitória, criada pela Lei N° 9.079, de 14/07/95, foi instituída em nosso sistema processual acrescentando-se três artigos ao CPC, no final da parte que disciplina os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

Na lição do ilustre JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI, a Ação Monitória é "O meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa determinada, cujo crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou de entrega de coisa, visa a obter a satisfação de seu direito".

Trata-se, então, de ação de conhecimento, condenatória, de cognição sumária e com rito especial, tendo por objetivo maior alcançar-se o título executivo, de maneira antecipada, sem a demora de um processo de conhecimento típico, que apresenta uma sentença de mérito, recurso e trânsito em julgado.

Com efeito, é real a possibilidade de o trabalhador fazer uso da Monitória, pois é exatamente no processo do trabalho onde a necessidade da solução rápida dos conflitos se manifesta de forma dramática. Ademais, estaríamos tão-somente utilizando o procedimento especial civil de forma subsidiária. Obviamente, há que se respeitar as peculiaridades do procedimento trabalhista.

3. PERFIL HISTÓRICO

Não se trata de um instituto oriundo do direito pátrio. Eis que a preocupação com a demora do procedimento ordinário remonta aos legisladores medievos e estes vieram a instituir o procedimento sumário. Segundo o ilustre magistrado MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, a Ação Monitória do direito brasileiro deriva da síntese de dois procedimentos medievais: em um deles, a ação sumária se fundava em escritura pública ou privada, cuja certeza do direito alegado estampada em prova preconstituída, permitia ao juiz proferir, desde logo, sentença executiva, contanto que citado o réu; o outro procedimento, dava azo à expedição de um mandado de solvendo, *inaudita altera parte*, ou seja, não havia citação para audiência prévia do réu, e este era chamado para cumprir a obrigação. Neste caso, o réu poderia argüir determinadas exceções e, obviamente, a ordem judicial não seria executada, passando a ação a ser regida pelo procedimento ordinário.

A Monitória deve ser embasada em prova escrita, podendo o réu embargar, hipótese em que o mandado de solvendo perderá a eficácia, resolvendo-se meramente em simples instrumento de citação.

Sucesso em várias legislações da Europa, como na Itália, Alemanha, Áustria, França, e Bélgica, a Monitória reflete duas espécies de procedimento: o puro e o documental. No primeiro, a emissão da ordem de pagamento não se lastreia necessariamente na existência de prova escrita da dívida; ao passo que no documental a determinação judicial deve sempre basear-se em prova incontestável do crédito.

Via de regra, o procedimento injuntivo ou monitorio exige os mesmos requisitos do procedimento comum, devendo ser iniciado mediante petição escrita, visando à obtenção de decisão condenatória.

Na Alemanha, pode ser iniciado verbalmente e visa à obtenção de um simples mandado de pagamento. Todavia, para o deferimento do mandado de pagamento, há legislações que exigem a exibição, de prova escrita incontestável (ITÁLIA E BÉLGICA). Outros sistemas processuais exigem apenas a exibição com a exordial, de prova justificativa do requerimento formulado (FRANÇA, ALEMANHA, ÁUSTRIA).

O legislador brasileiro aderiu ao procedimento documental quando preceitua no art. 1.102.a do CPC - DA ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

O modelo clássico da técnica monitoria foi adotado pelo sistema processual pátrio, onde o pronunciamento jurisdicional alvitado é proferido *inaudita altera parte*, diferindo-se, assim, para um momento ulterior a possibilidade do contraditório.

É de bom alvitre lembrar que a prova escrita do crédito deve ser desprovida de eficácia executiva.

O escopo evidenciado em todas as legislações desses países - ALEMANHA, AUSTRIA, ITÁLIA, FRANÇA, BRASIL - no procedimento injuntivo é, essencialmente, a célere constituição de um título executivo judicial.

4. CABIMENTO

A Monitória reflete basicamente um duplo objetivo. A finalidade primeira evidencia-se no cumprimento, voluntariamente, do mandado de solvendo pelo devedor, satisfazendo, portanto, a obrigação de plano; caso isso não ocorra, tem-se a formação do título executivo judicial. A constituição do título executivo judicial se traduz no segundo escopo, podendo se dar em duas situações, quais sejam: na ausência de oposição, pelo réu, ao mandado judicial, ou pela rejeição dos embargos, pelo juiz.

Ora, o processo monitorio vem a colocar-se entre o processo de conhecimento e o processo de execução, encurtando o processo de conhecimento, de maneira a prescindir do cumprimento da fase instrutória e formalização da fase decisória e em adequada antecipação do processo de execução, face à desnecessária instrumentalização por título constituído através de sentença ou da assemelhação na titulação pré-constituída.

A execução por quantia certa contra devedor solvente retrata a modalidade de execução mais freqüente no processo trabalhista, pois que a natureza do crédito do trabalhador é na maioria das vezes pecuniária.

O cabimento e a utilidade da Ação Monitória no âmbito da Justiça Trabalhista são notáveis, bem assim como outras ações especiais do processo civil já tiveram utilidade nesta área; p. ex.: a de consignação em pagamento, a de depósito, a de embargos de terceiros.

Através da Monitória, o trabalhador que possuir prova escrita de uma obrigação de pagar quantia certa ou de entrega de coisa, assumida pelo empregador poderá solicitar ao juiz que conceda, liminarmente, e sem audiência do réu, um mandado para que este quite de imediato a obrigação, sob pena de o seu silêncio motivar o proferimento de sentença que passará a funcionar como título executivo judicial.

O cabimento da Ação Monitória no âmbito trabalhista suscita opiniões divergentes, como podemos constatar através dos posicionamentos em dissensão de dois magistrados. Para o nobre SÉRGIO PINTO MARTINS, de São Paulo, a monitória é incompatível com as determinações do processo trabalhista, pois "neste só se pode executar título executivo judicial, como regra, tomando impossível a execução de algo que nem sequer é título executivo, como ocorre na ação monitória". Não obstante essa concepção aduzida, para o ilustre MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, do Paraná, "seria injustificável que se venha a cerrar as portas para a ação monitória, com sua vocação para tomar menos larga e aflitiva a distância entre a pretensão do autor e o resultado prático que deseja obter com a entrega da prestação jurisdicional invocada".

Com a devida vênia aos posicionamentos contrários à Monitória, filio-me às palavras do Magistrado MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, por vislumbrar na Monitória uma das soluções para inúmeras pretensões do trabalhador brasileiro.

Ademais, como já mostramos, anteriormente, a Ação Monitória não é de execução, e sim um meio para chegar-se ao título executivo judicial, haja vista que o direito do trabalho não admite a execução de títulos extrajudiciais.

5. PROCEDIMENTO

A preservação da especificidade do procedimento trabalhista é fundamental. Para tanto, entendemos que a Ação Monitória, no direito do trabalho, carece de adaptações.

Como já enfatizamos, a peça vestibular deve ser instruída por documento que legitime o exercício da referida ação. Tal requisito encontra-se não somente no art. 1.102, a, do CPC, como na própria CL T, art. 787, segundo o qual: "A reclamação escrita deverá ser formulada em duas vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar".

O autor, uma vez preenchidos os requisitos do art. 640, da CL T, requererá em sua petição inicial, a expedição do mandado de pagamento previsto no art. 1.102, do CPC.

O Magistrado, verificando que a petição está devidamente elaborada, deferirá a emissão do mandado de solvendo, onde o objeto será estabelecido através do tipo de obrigação a ser cumprida pelo réu, quais sejam: a entrega da coisa fungível ou bem móvel determinado, ou o pagamento de soma em dinheiro.

Na seara processual civil, o réu é citado para, em quinze (15) dias, cumprir a obrigação ou ofertar embargos. Entretanto, segundo a lição do ilustre MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, com a qual concordamos, no sistema do processo trabalhista, tal procedimento deve ser adaptado às peculiaridades deste processo. Então, o réu será citado para cumprir o mandado ou satisfazer a obrigação : a) em audiência, b) que deverá ser a primeira desimpedida nos cinco dias subseqüentes (CL T, art. 841, Caput).

Ora, a designação dessa audiência visa a colocar em prática o escopo singular da justiça obreira, que é a solução dos conflitos pela solução negociada, e não apenas a propiciar um momento para o réu responder à ação ou adimplir sua obrigação.

Destarte, no dia apazado para realizar-se a audiência, podemos imaginar algumas situações possíveis de ocorrer: a) se o autor não comparecer, o processo será extinto sem julgamento do mérito. Caso receba salário inferior ou igual ao dobro do mínimo legal, ficará dispensado do pagamento das despesas e custas processuais, b) se o réu não comparecer, além de revel, será confesso quanto aos fatos alegados na inicial. Todavia, não haverá confissão ficta caso haja diversos réus, e um ou alguns deles conteste a ação; ou ainda se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; c) caso a peça inicial esteja desacompanhada de instrumento público, que a lei repute indispensável à prova do ato, como o réu deixou de responder, significa dizer que não ofereceu embargos, logo, forma-se "de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo"(art. 1.102, c, caput - CPC). É mister ressaltar que a falta de embargos não significa que necessariamente ocorrerá a constituição do título executivo judicial, pois para que se forme o título é indispensável que o juízo acolha o pedido do autor; e d) finalmente, caso o réu compareça, ele poderá proceder de várias formas: satisfazer a obrigação, transacionar, excepcionar, oferecer embargos ou reconvir.

Naturalmente, cada atitude dessas supra mencionadas merece um estudo aprofundado para uma melhor elucidação acerca do tema em comento. Contudo, podemos dizer que a reconvenção é a que suscita controvérsias quanto a sua possibilidade no procedimento monitorio.

6. À GUIA DE ARREMATE

O tema trazido a propósito deixou estampado que o fim específico do procedimento monitorio é a formação de um título executivo judicial, razão pela qual o mandado de solvendo é expedido antes mesmo da citação do réu, se bem que a eficácia daquele instrumento judicial fica condicionada à ausência de reação pelo réu, haja vista que, opondo-se o réu, a eficácia do mandado será desfeita, resolvendo-se em mera citação, pois, a partir daí, a ação terá curso pelo procedimento ordinário. Ainda assim, vemos na Monitória um instituto perfeitamente cabível no processo trabalhista, inclusive, em se tratando de títulos extrajudiciais, levando-se em conta que o processo do trabalho em vigor repele a execução de título extrajudicial. Além disso, faz-se urgente uma resposta jurisdicional às pretensões do trabalhador, pois o que se denota é uma condição social cada vez mais desigual entre patrão e empregado.

Em face dessa realidade, vislumbramos na Monitória um dos instrumentos possíveis, para se fazer mais célere o exercício da atividade jurisdicional no âmbito da justiça do trabalho, principalmente se observarmos que a demora de uma resposta jurisdicional, numa conjuntura social desigual como a nossa, pode conduzir o trabalhador a situações oprobriasas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, José Janguê Bezerra. Temas de processo trabalhista. Brasília (DF): Edit. Consulex, 1996.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do processo trabalhista. 26 ed. rev; aum. e atual. São Paulo: Ltr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Ação Monitória no processo do trabalho. Revista Literária de Direito, São Paulo, Ano II, n° 10, p. 25, mar/abr. 1996.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da Ação Monitória e da Tutela jurisdicional antecipada. Comentários à Lei n° 9.079, de 14.07.95. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Emame Fidélis. Dos novos perfis do processo civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Ação Monitória no processo do trabalho. Suplemento trabalhista Ltr 110/95, São Paulo, Ano 31, p. 727 a 736, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação Monitória: lei 9.079. de 14.07.1995. 1 ed. 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995

ARBITRAGEM: A Lei nº 9.307/96

Azevedo Hamilton Cartaxo Acadêmico do 7º período do Curso de Direito da UFRN

I-Intróito

Nos últimos dias, em razão da edição da Lei n: 9.307, de 23 de setembro de 1996, tem-se ouvido falar com bastante frequência, na mídia em geral e no meio jurídico, em arbitragem. Por ser assunto inusual, daí derivando seu pouco conhecimento, é possível que se subestime a importância que este instituto jurídico pode vir a ter quanto ao bem-estar da sociedade em geral.

A jurisdição é a atividade estatal de decidir as lides e impor suas decisões, a fim de atingir seu objetivo último, a pacificação dos conflitos que surgem no seio da sociedade, com justiça. Este conceito, trazido com variações sem significância pela doutrina, é belíssimo. A um só momento, dá-se a quem o tem, seu direito material, e garante-se tranquilidade interna ao grupo social.

Mas existe um grave problema. A jurisdição, como atividade estatal, tem falhado. À exceção do que acontece em alguns países completamente desenvolvidos, o processo estatal, tomou-se tão caro e lento que ao final acabou afastando de si a personagem fundamental da democracia, a sociedade. Mas, para sermos justos, lembremos que um Judiciário lento não é privilégio brasileiro. Um artigo publicado recentemente no jornal americano "The Washington Post" mostra que, no Japão, o lapso temporal necessário ao trâmite de uma ação é de 20 a 30 anos !!!

Como sabemos, o julgamento de uma ação com justiça é por vezes intrincado e envolve complexas questões de fato e de direito, some-se a isso as condições precárias em que o subdimensionado judiciário brasileiro é obrigado a trabalhar. Isto provoca o que chamamos de "demanda reprimida", a sociedade tem um sem número de conflitos que não vê resolvidos pela justiça estatal. Numa época em que o ser humano amadurece cada vez mais rápido, bombardeado que é com uma gigantesca carga de informações, uma gama cada vez maior de indivíduos toma-se consciente de que existem direitos fundamentais dos quais são titulares, e um deles é o de ver resolvidos seus conflitos de forma rápida e pacífica. Situações de insegurança jurídica e de tensões sociais contínuas causam no cidadão um sentimento generalizado de desamparo e descrença nas instituições jurídico-políticas que ali deveriam estar para servi-lo, a extensão das consequências dessa marginalização de uma grande parcela da população, só a História mostrará.

Não há exceções. Qualquer de nós sofre arrepios ao cogitar a hipótese de ir à Justiça e esperar sete ou dez anos para ter seu pleito apreciado. Não somos assim tão longevos, isso é 10% da vida média de um ser humano.

Outro aspecto importante é o custo da litigância em juízo. Diga-se que isto é suficiente para dele afastar a maior parte dos conflitos de interesses, aqueles em que particulares são uma das partes. Raciocinemos, na realidade econômico-social de nosso país, que número de indivíduos são suficientemente dotados financeiramente para

custearem um processo cível - não sujeito ao Juizado Especial - com recursos, apelações e advogado até seu desfecho, em que podem vir a ser condenados, inclusive com o ônus da sucumbência? A resposta inelutável é: muito poucos.

As tentativas tradicionais de solucionar o problema têm naufragado. Tentou-se de tudo: tribunais de alçada, mudanças no processo civil, mais juízes, mais cartórios, funcionários, dinheiro, informatização ... Tribunais com mais de 20 membros passaram a ser comuns, chegamos a extremos, como em São Paulo, de mais de uma centena de desembargadores no Tribunal de Justiça. Nada disso mudou um dado concreto: com uma demanda sempre crescente, muitas dezenas de milhares de processos em alguns Estados, um juiz vê-se forçado a analisar um número absurdo de processos por mês. Pergunta-se, numa situação que praticamente obriga à automação, que espécie de prestação jurisdicional pode ser esperada?

É nesse contexto, no anseio pelo acesso de todos e de cada membro da sociedade a uma ordem jurídica justa, que - numa efetiva mudança de mentalidade - foram recebidas com júbilo as leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Juízo Arbitral!. Quanto à primeira espécie normativa, aqui não será tratada, pois isso já foi feito por juristas com muitas luzes, tomando ociosas quaisquer considerações que se porventura viesse a fazer acerca dela. O objetivo deste trabalho é apenas examinar as linhas mestras do Juízo Arbitral e as vantagens que oferece.

II - Distinção: Mediação, Conciliação e Arbitragem.

Existem diversos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, mas uma distinção importante a ser colocada é a existente entre mediação, conciliação e arbitragem. Na mediação, as próprias partes voluntariamente resolvem seu conflito, com o auxílio de um terceiro, através de um acordo. Distingue-se da conciliação, na medida em que, nesta, o conciliador possui um papel ativo que consiste em, após considerar os argumentos parciais, propor soluções que poderão, sendo adotadas, vir a dirimir a contenda. Por serem provenientes das vontades individuais das partes, com ou sem auxílio, mediação e conciliação são chamados métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Noutro passo, temos a arbitragem, método heterocompositivo em que, não alcançado entendimento, as partes elegem um terceiro, o árbitro, e assumem o compromisso de cumprir-lhe a decisão.

III - Principais Vantagens da Arbitragem

Técnica - Em questões complexas, que envolvam conhecimento aprofundado de algum ramo bastante específico do conhecimento, como as que tratam de know-how especializado em áreas como bioengenharia, informática, processos industriais etc., o juiz dificilmente está qualificado a bem decidir a questão, gerando às partes fundado receio diante da imprevisibilidade do teor do provimento jurisdicional. Em privilegiada situação encontra-se a arbitragem, posto ser possível a nomeação de um técnico para a posição de árbitro, que pode inclusive, a critério das partes, proferir decisão fundada apenas em equidade (art. 2.º, da Lei nº 9.307/96);

Sigilo - Com exceção das questões que correm em segredo de justiça, os processos que tramitam na justiça comum são de conhecimento público. Isso torna inviável que lhe sejam submetidas contendas em que a divulgação de seu conteúdo provoca prejuízos irreparáveis às partes, sejam eles de ordem moral ou econômica.

Solução já adotada pelas multinacionais, a arbitragem elimina este inconveniente, já que, sujeitos às sanções das legislações penal e civil, os árbitros estão obrigados ao sigilo;

Confiança - Ao inverso da jurisdição estatal, aos litigantes em Juízo arbitral é garantida a certeza quanto à pessoa do árbitro, que elegem livremente;

Presteza nos Julgamentos – O Juízo Arbitral escapa à rigidez dos processo civil, às partes é facultado estabelecerem até o próprio procedimento. Os litigantes, a quem normalmente interessa o julgamento mais expedito possível, haverão de decidir-se por árbitro que lhes garanta essa característica dificilmente encontrada no judiciário.

Atmosfera - A rapidez também é assegurada, porque no juízo arbitral ainda existe um certo clima de diálogo que muitas vezes se extingue ao se bater às portas da justiça, diminuindo as chances de um possível acordo.

IV - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

A lei estabeleceu o gênero convenção de arbitragem, do qual são espécies a cláusula com promissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A nova lei, em seu art. 4.º a 8.º, a ela trouxe novo disciplinamento legal, agora considerada obrigação de fazer cujo adimplemento é sujeito à tutela específica, a ela não se aplicando a regra nem o potest precise cogi ad factum. Negando-se uma das partes a assinar o compromisso arbitral, conforme o ajuste contratual, o juiz poderá - obedecido o due process of law- por meio de sentença estabelecê-lo.

O compromisso arbitral, a seu turno, constitui convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. O compromisso arbitral é um instrumento distinto, lavrado entre as partes em estrita observância aos preceitos legais, sob pena de ser o instrumento eivado de nulidade absoluta. Fimado o compromisso arbitral, fica devidamente constituído o foro arbitral, cuja sentença não comporta recurso ao Poder Judiciário, nem, conforme veremos, requer sua homologação (art. 18, da Lei nº 9.307/96).

Portanto, para que fique bem entendido, na cláusula compromissória a parte assume a obrigação de firmar compromisso arbitral quanto a lides que derivem do contrato em que ela estiver inserta.

V - DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Num grande avanço, talvez o mais estratégico deles, à sentença arbitral condenatória foi atribuído o status de título executivo (art. 31, da Lei nº 9.307/96), inserindo-se no rol daqueles contemplados no art. 585, VII, do CPC. Dessa forma, as partes ficam livres do embaraço de ir ao Judiciário e submeter-lhe à apreciação, questão já decidida. Caso o decisum possua algum vício, este poderá ser examinado no processo de execução, por meio dos embargos cabíveis (art. 33, § 3º) ou ainda via ação ordinária pedindo seja decretada sua nulidade (art. 31). Dispensa-se, portanto, homologação do laudo arbitral, que, caso fomecida pelo Poder Judiciário, virá apenas dar ainda maior certeza a um título a que a lei já atribui força executiva.

Ressalte-se ainda, que, quanto às sentenças estrangeiras, eliminou-se a esdrúxula figura do duplo exequatur, no país de origem e no Brasil, sendo agora bastante, apenas o concedido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 35).

VI - CONCLUSÃO

Cappelletti, brilhante processualista italiano, chamou esse movimento universal de acesso à Justiça de a *terceira onda*. Mostrou-nos que o Juízo Arbitral é, muitas vezes, o mais adequado à obtenção de justiça.

De *nula valia* será a nova Lei se, apesar dela, continuarmos a tratar a Juízo Arbitral, como alguém já disse, com *solene ignorância*. Cabe aos operadores jurídicos, em suas esferas particulares de ação, sermos corajosos e tomarmos a nós a responsabilidade da criação de uma cultura de arbitragem. Eliminemos o que denomino "cultura de ir a juízo", que faz com que alguns, ainda mesmerizados com o processo, nele vislumbram um fim em si mesmo.

Às partes interessa a solução mais célere de seus conflitos, não a complexidade dos procedimentos, a profundidade das petições, pareceres e sentenças. Na era das frações de segundo, não há razão para esperar meses, com frequência vários anos, pelo desfecho

de um feito, quando evitável.

Como anota a Dra. Ada Pellegrini Grinover, por ser o processo judicial tão caro, demorado e complicado, existe uma grande litigância latente. Há este imenso e virgem campo do Direito a explorar, que tem, como uma de suas douradas recompensas, proporcionar aos membros de nossa sociedade a melhor solução jurídica possível.

A concluir, sempre digno de lembrança é o ensinamento de Ihering, para quem "*lutar pelo direito não é, apenas, pleitear em Juízo, é mais: é não se conformar com a injustiça, é pugnar pela cidadania*".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996. Brasília _ DF.

GRINOVER, Ada Pellegrini - Tese: *Aspectos da Conciliação no Atual Direito Processual*. Livro de Teses II - *Os Novos Acessos à Justiça* _ XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza _ CE (1996).

BASSO, Maristela - Tese: *Ampliação do Uso da Arbitragem _ A Revitalização da Arbitragem no Brasil sob um Enfoque Realista e um Espírito Diferente*. Livro de Teses II - *Os Novos Acessos à Justiça* _ XVI Conferência Nacional dos Advogados. Fortaleza _ CE (1996).

PINHEIRO NETO - ADVOGADOS. Internet. http://WWW.dpr.mre.gov.br/dpg/cfOO_p.htm

MALLET, Estevam - Conferência proferida no I Congresso de Direito Processual Brasileiro. Natal- RN. (1996).

DESVINCULAÇÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COM A IDÉIA DE DEMOCRACIA

Carline Regina de Negreiros Cabral Acadêmica de Direito 3º período

L'ETAT C'EST MOI. Esta frase concebida pelo Rei Luís XIV (1661 - 1715) tomou-se o símbolo supremo do Absolutismo Monárquico Francês. Na Idade Moderna, entre o século XV e o final do século XVIII, o Poder concentrava-se em apenas uma pessoa que assumia todos os poderes do Estado - comandava exércitos, distribuía a Justiça entre os súditos, decretava as leis e arrecadava tributos.

A Nobreza, com esta grande concentração de Poder, acumulou muitas riquezas, enquanto que a maior parcela da população era cada vez mais explorada pelos altos tributos. Surgiu, depois, uma nova classe social - a Burguesia - , que pela descoberta de novos continentes e o aperfeiçoamento das navegações marítimas, era cada vez mais emergente e consciente da importância de mudanças no Antigo Regime, visto que o mesmo não correspondia ao seu interesse. Dentro deste contexto, deu início a lutas entre estas duas classes sociais.

Entre os acontecimentos que combateram o Absolutismo, destacam-se a Revolução Inglesa de 1689, quando foi assinada a Declaração dos Direitos - Bill of Rights - que previa, por exemplo, a liberdade de imprensa, garantias para o livre exercício da Justiça Pública e, enfim, garantia a limitação do poder do Rei pelo Parlamento; a Declaração de Independência das 13 colônias americanas, em 1776, que defendia a liberdade individual e o respeito aos direitos fundamentais do ser humano; a Revolução Francesa - cujo lema era a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade - proclamou a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os principais pontos defendidos era o respeito , pelo Estado, à dignidade da pessoa humana; a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a Lei; o direito à propriedade individual; a liberdade de pensamento e de opinião.

Ao lado desse movimento político-econômico, surgiu um movimento cultural conhecido como Iluminismo. Várias teorias combatendo o Absolutismo foram editadas. Entre elas pode-se citar a obra "*De L'Esprit des Lois*" de MONTESQUIEU que defende a tripartição dos poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário. Ele acreditava que, desta forma, poderia ser evitado abusos dos governantes e estarem protegidas as liberdades individuais. Ele afirma:

"Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter força de opressor.(...) O poder judiciário não deve ser outorgado a um Corpo permanentes e sim exercido por pessoas extraídas do povo de modo prescrito pela lei, para formar um Tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não está ligado nem a certa situação nem a uma certa profissão, torna-se por assim dizer nulo e invisível. Os outros dois poderes poderiam preferivelmente, ser outorgados a corpos permanentes, porque não se exercem sobre nenhum indivíduo, sendo um somente a vontade geral do Estado e outro somente a execução dessa vontade geral. Porém, se os tribunais não devem ser fixar, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na Sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos . Já que num Estado Livre, todo Homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo no seu conjunto, possua o poder legislativo. É preciso que o povo, através de seus representantes, faça o que não pode fazer por si mesmo. A grande vantagem dos representantes é que são capazes de discutir os negócios públicos. O povo não é de modo algum, capaz disso, fato que constitui um dos graves inconvenientes da democracia. Se o poder executivo não tem direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes, mas não é preciso que o corpo legislativo tenha reciprocamente a faculdade de paralisar o poder executivo porque, tendo a execução limites por sua natureza, é inútil limitá-la. (...) No âmbito do poder judiciário poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”¹.

Essa obra dava atribuições restritas ao Estado, que devido ao contexto histórico da época, MONTESQUIEU estava preocupado não com a eficiência estatal mas em garantir a liberdade individual. Foi a Intenção de enfraquecer o poder de Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação dos poderes como um dos dogmas do Estado Moderno. Como afirma DALMO DALLARI "é importante assinalar que essa Teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na Vida Social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos”².

Na teoria de Separação dos Poderes³, consagrado nas Constituições, vinculou-se à idéia de Democracia dando origem a uma nova doutrina conhecida como

¹ MONTESQUIEU. De L'Espirít des Lois". São Paulo: Abril, 1978.p.150.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado.São Paulo: Saraiva. P. 184.

³ O que existe na verdade é a distribuição de funções a órgaos distintos que exercem o Poder soberano do Estado, já que o Poder do Estado é uno e indivisível

a TEORIA DOS FREIOS E CONTRAPESOS, onde se defende a interpenetração entre os poderes, visando a limitação recíproca.

Na Constituição de 1988, esta teoria encontra-se presente. Visualizemo-la.

O Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República, tem as seguintes atribuições, frente aos demais poderes:

- a) Iniciar a edição de normas, em matérias previamente determinadas (art. 61, § 1º);
- b) Sancionar ou vetar um projeto, caso seja considerado inconstitucional (art. 66, § 1º);
- c) Adotar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência (art. 62) e elaborar leis delegadas (art. 68);
- d) Nomear Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 10, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, 1º), os Juizes do Tribunal Regional do Trabalho; membros do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, § 2º), Juizes do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120, § 1º, 3º), Ministro do Superior Tribunal Militar (art. 123) e o Procurador Geral da República (art. 128, § 1º).

O Poder Legislativo sobre os demais:

- a) Resolver acerca de Tratados e Acordos Internacionais (art. 49, § 1º);
- b) Sustar os atos normativos do poder executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, § 5º);
- c) Julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar sobre a execução dos planos de governo (art. 49, § 9º);
- d) Exercer fiscalização sobre o Presidente, Vice-Presidente, Ministros de Estados do STF, o Procurador geral da República e o Advogado Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, § 10, 2º);
- e) Aprovar previamente a indicação do executivo para determinados cargos (art. 52, 3º, 4º);
- f) Rejeitar do veto do Presidente (art. 66., § 5º e 6º).

O Poder Judiciário impõe-se sobre os demais:

- a) controlar a legitimidade da Constitucionalidade das Leis;
- b) Agir de maneira fiscalizadora, obrigando-os a permanecer nos limites de suas respectivas esferas de competências, caso venha a ocorrer exorbitância dos demais poderes.

Muitas críticas são tecidas a respeito da Teoria de MONTESQUIEU. Esta no contexto histórico, em que o autor se inseria, atendia as necessidades de sua época que era a limitação do Poder do Estado e não a sua eficiência; no entanto, com a evolução social o Estado passou a ser cada vez mais solicitado e suas áreas de atuação tendem a expandir-se e abranger áreas até então impenetráveis. Essa necessidade de expansão toma-se inconciliável com os modelos da Separação dos Poderes. Apesar disso, reluta-se em modificar a organização do Estado por este está vinculado a idéia de Democracia.

Atualmente, estes três poderes encontram-se em crise. Veja a seguir em quais pontos e suas possíveis soluções:

No Poder Executivo, reclama-se, principalmente, da quantidade incalculável de Medidas Provisórias. Cientistas Políticos já as compararam aos AI-Atos Institucionais da Ditadura. A maneira indisciplinada com que as mesmas são editadas chega a ser constrangedora como é o caso do reajuste das mensalidades escolares e da Reforma Administrativa. Dezenas de MPs foram editadas sem maiores detalhamentos e por tempo de vigência curto que só vêm a complicar a situação existente - Parece que o Poder Executivo não faz "jus" ao que está presente na Constituição onde diz que as MPs devem ser utilizadas em caso de relevância e urgência. Necessita-se, portanto, de um maior rigor na adoção destas Medidas.

Quanto ao Poder Legislativo, encontra-se satirizado frente a opinião pública, em virtude de envolvimento em escândalos. Recentemente houve uma CPI de estarrecer o país pela envergadura de denúncias e provas que vieram à luz. Além disso reclama-se da lentidão com que elaboram as leis - sua função basilar - . Exige-se a execução de outras funções que lhes são conferidas como o de fiscalizar as contas prestadas pelo Poder Executivo e a sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem a limitação de delegação legislativa. Muitas são as prerrogativas concedidas aos parlamentares, como a prévia licença para a instauração e continuidade de processos e a imunidade parlamentar, o que muitas vezes são usufruídas de forma abusiva.

Considerando esta realidade, sugere-se ao Poder Legislativo a criação de comissões na Constituição onde as mesmas terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, e durante o recesso haverá uma Comissão Representativa do Congresso Nacional, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a representação partidária (art. 58, § 30).

Quanto ao Judiciário, o novo contexto social exige uma maior aproximação da Justiça com o povo. Exemplo bem sucedido deste anseio é a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 9.099/95) que estabelece um procedimento rápido e barato, orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade e informalidade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, além de desafogar a Justiça Comum. Nos processos são cabíveis inúmeros recursos que dificultam a sentença final ser proferida mais rápida, além de existirem inúmeras formalidades processuais acarretando na morosidade do andamento dos feitos. Os Magistrados encontram sob sua responsabilidade um número muito elevado de processos - há casos que chegam a 15 mil - consistindo assim num outro empecilho para a sua agilidade.

O objetivo da Teoria da Separação dos Poderes era conter o poder em volta do Estado, como foi dito anteriormente. Essa realidade não é mais condizente com a nossa, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. O Estado, hoje, deve abranger áreas como a previdência, a educação, o social e o econômico.

Fazendo uma reflexão sobre a atuação do Poder Legislativo - legalizado e legitimado - questiona-se se este atende as necessidades daqueles que representa - o povo -, se assegura a liberdade e os interesses desse.

Quanto ao Poder Executivo se ele age com o mesmo rigor na cobrança de tributos aos banqueiros e ruralistas e aos pequenos empresários já que todos são iguais perante a lei.

Em relação ao Poder Judiciário, percebe-se que este encontra-se

acentuadamente desacreditado perante a opinião pública devido a dificuldade que existe para o povo ingressar em Juízo (elevadas custas processuais, morosidade na resolução dos conflitos etc.).Observase, também, que algumas autoridades fazem do uso do Poder, que lhe é atribuído, um comércio e "esquecem" o Princípio da Imparcialidade e a constante busca pela Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 19.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23.^a Edição. São Paulo: Saraiva,1995.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Coleção · “Os Pensadores”, 2.^a Edição. São Paulo: Abril,1978.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. Revista do Curso de Direito - RCD. Natal: Editora Universitária, 1996.

Dossiê Judiciário. Revista USP. Editora USP.

ASPECTOS DA REINCIDÊNCIA PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL

Cristina Silva Macêdo
Bacharelanda do Curso de Direito da UFRN

INTRODUÇÃO

Pode-se conceituar livramento condicional como a antecipação provisória da liberdade de um condenado à pena privativa de liberdade, sujeita à imposição de termos que deverão ser rigorosamente seguidos, cuja hipótese adversa implicará em sua revogação.

Não objetiva o presente trabalho discorrer acerca dos pressupostos ou condições para o gozo do instituto em baila. Entretanto, importa salientar que não se trata de um simples benefício ou um "favor" do juízo das execuções penais. Consiste em direito subjetivo do réu, verificados os requisitos que autorizam sua concessão.

O aspecto a ser aqui tratado repousa na análise da reincidência para efeito de concessão de livramento condicional. Evidentemente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de dar início a estudos que permitam suprir as lacunas constantes na doutrina e jurisprudência, fartamente consultadas, porém com poucas respostas para algumas situações trazidas à lume.

HIPÓTESES LEGAIS

O artigo 83 do Código Penal estabelece, de forma categórica:

"O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de Liberdade igualou superior a dois anos, desde que:

Conforme será demonstrado, há uma intensa preocupação do legislador em disciplinar as condições de concessão de livramento condicional para o condenado reincidente. Todavia, a excessiva atenção dispensada pelo preceito normativo cria uma certa confusão no momento de adequar a lei ao caso concreto, em especial quando pode ser verificada a reincidência do apenado.

**I - CUMPRIDO MAIS DE UM TERÇO DA PENA SE O
CONDENADO NÃO FOR REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO E TIVER
BONS ANTECEDENTES**

Poucas indagações residem no tocante à aplicabilidade do inciso I. Caso não haja reincidência em crime doloso e tenha o réu bons antecedentes, impõe-se o cumprimento de apenas um terço da pena que lhe foi imposta para preencher o lapso temporal que autorize a concessão do benefício.

Todavia, importa proceder ao apreço do alcance da expressão "não ser reincidente em crime doloso".

O texto legal permite a submissão do condenado de três hipóteses: a) não ter cometido mais de um crime, qualquer que seja sua natureza (tecnicamente primário); b) ser reincidente, porém em crimes culposos e; c) ser reincidente, mas ter cometido um crime doloso e um culposo.

A vaga redação do inciso I concede permissibilidade à sua aplicabilidade em qualquer dos casos suso mencionados, haja vista que todas estão inseridas no preceito *não ser reincidente em crime doloso*.

Impossível determinar a intenção do dispositivo. Acredita-se que tal norma foi concebida no fito de regular o instituto do livramento condicional aos apenados tecnicamente primários. No entanto, o silêncio da lei no que concerne aos crimes culposos chega a preocupar, não restando alternativa ao julgador que não seja pela inserção de tais infrações no inciso I, por ser este o mais benéfico dentre os outros que dispõem acerca da reincidência.

Outro exemplo: quando alguém já foi condenado por um crime culposo e lhe sobrevenha uma sentença condenatória imputando uma conduta ilícita impregnada do elemento volitivo de delinquir (dolo). Neste caso há reincidência, mas não houve a prática de mais de um crime doloso, o que importaria na aplicação do inciso seguinte (II). A interpretação mais correta parece ser a aplicação deste inciso I, uma vez que, apesar de falha, a literalidade do dispositivo remete apenas à primariedade em crime doloso, restando silente no tocante à presença de culpa no proceder do agente.

Resta ainda uma lacuna a ser preenchida: em caso de prática de mais de um crime culposo, qual hipótese legal aplicar? A obviedade do inciso I merece prevalecer, conclusão esta alcançada sem demandar maiores esforços interpretativos. Merece registro, apenas, a omissão aqui referida.

II - CUMPRIDA MAIS DE METADE SE O CONDENADO FOR REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO

Não há discussão ou controvérsia acerca da reincidência em crimes dolosos, ou seja, da prática consecutiva de infrações causadas pela vontade deliberada do agente. Insiste-se apenas no registro a omissão do legislador em tratar da reincidência em crime culposo, conforme já foi exposto, restando ainda um aspecto a ser tratado logo a seguir.

v - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Reside no inciso V, implantado através da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o maior empeco de aplicação da norma penal aqui tratada. A hipótese antevista no preceito normativo não preenche a diversidade de casos que podem chegar às mãos do Juiz das Execuções Penais, do Representante do Ministério Público e até do Conselheiro Penitenciário, obstando a devida apreciação do fato.

Será trazida à lume, no entanto, apenas a seguinte situação: o denunciado responde em juízo pela prática de um crime doloso diverso daqueles mencionados no inciso V do artigo 83 do Código Penal. Enquanto aguarda a decisão judicial, comete um novo ilícito, desta vez inserido no dispositivo supramencionado.

No caso em tela, não há reincidência, sendo o denunciado tecnicamente primário, a teor do artigo 63 do Código Penal, cuja redação estabelece que esta somente se perfaz quando ocorre a prática de uma nova infração após o trânsito em julgado de sentença que tenha condenado o agente em crime anterior.

Faz-se de bom alvitre tratar as duas condutas de formas distintas, posto que se tratam de infrações de naturezas diversas. Após julgado e condenado por ambos os crimes em decisões apartadas, dever-se-á proceder o cálculo para efeito de concessão de livramento condicional também de forma individual para cada pena, de acordo com o dispositivo que for aplicável.

Por exemplo: um agente responde por crime de moeda falsa, processado e julgado na Justiça Federal, e, no decorrer da instrução processual, incorre em tráfico ilícito de entorpecentes, de competência da Justiça Estadual, sendo condenado em ambos os processos ao cumprimento de penas de cinco e quatro anos, respectivamente. Após determinado tempo, entra com pedido de livramento condicional perante o Juízo das Execuções. Como apreciar tal pleito?

É mais coerente aplicar o inciso I, verificando se já foi cumprido 1/3 da sanção imposta pela conduta de moeda falsa (1 ano e 8 meses), posto que ao tempo da prática da primeira infração o réu seria enquadrado em tal hipótese. Em seguida, procede-se o apreço do lapso temporal demandado para a concessão do benefício no segundo delito, computando-se 2/3 da pena de cinco anos cominada pelo crime de tráfico de entorpecentes (2 anos e 8 meses), em conformidade com o inciso V. Finalmente, soma-se os dois quocientes para chegar ao tempo real de privação de liberdade que autoriza o deferimento do pedido, ou seja, **04 anos e 04 meses**. Caso o apenado não tenha cumprido este período da pena que lhe foi cominada, não fará jus ao livramento.

Submeter a pena total de, no caso, nove anos ao regime do inciso V, demonstra descabida interpretação prejudicial ao réu, posto que a natureza da primeira infração (moeda falsa) é considerada menos grave, uma vez que não está elencada dentre os crimes hediondos, Inexistindo razão de ser em qualquer tratamento que assim lhe seja dispensado.

Ressalte-se que tal hipótese deverá ser aplicada em caso de não configuração de reincidência, conforme já foi exposto. Caso a segunda infração ocorra após o trânsito em julgado da primeira sentença condenatória, figura indiscutível a apreciação do caso sob a égide do inciso II do artigo 83 do Código Penal.

"REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA"

O inciso V dispõe ainda sobre o instituto da reincidência específica, escusando-se de tecer maiores considerações a respeito, remanescendo à doutrina

definir o que venha a ser tal instituto, permanecendo inflamada a discussão de seu alcance.

A parte dominante da doutrina, em virtude do número de adeptos, concebe que a reincidência específica do dispositivo legal suso mencionado ocorre em virtude da prática de dois crimes equiparados, sob algum aspecto, pela lei penal. Assim, entende-se que a prática de mais de um crime considerado hediondo pela Lei n° 8.072/90 (ou equiparado a hediondo) permite a caracterização da reincidência específica.

AURINO LOPES MONTEIRO, ilustre representante deste pensamento, prolata a seguinte assertiva:

"A reincidência específica na Lei n° 8.072, que não pode ser regida pelo conceito legal revogado pela Lei n° 6.416 de 24-04-77, fica configurada quando o agente comete um crime entre os mencionados na lei após ter transitado em julgado sentença condenatória que o tenha condenado por crime anterior também relacionado no mesmo diploma legal. Não é necessário que seja crime idêntico ou semelhante ao anterior, como bem indica a expressão dessa natureza inscrita no dispositivo. mas apenas que ambos estejam abrangidos pela Lei n° 8.072"¹.

Em suma, a reincidência específica não importa na prática de dois seqüestros ou dois Estupros. Sua caracterização repousa na incorrência de duas ou mais infrações inseridas no contexto da Lei dos Crimes Hediondos.

Todavia, parte dos doutrinadores discorda de tal entendimento, sob o aduzido que a Lei n° 8.072/90 abriga infrações das mais diversas estirpes, desde crimes contra o meio ambiente, até crimes contra os costumes, cujas naturezas figuram como sendo diametralmente opostas, desmerecendo. destarte, o tratamento idêntico dispensado pela Lei dos Crimes Hediondos.

Eis o entendimento de ALBERTO SILVA FRANCO² sobre a matéria:

*"O que relaciona o estupro. simples ou qualificado. ao delito de terrorismo? O que há de comum entre o crime de epidemia com resultado de morte e o delito de tortura? Evidentemente. nada. Em ponto algum de relevo, os referidos tipos suportam um juízo aproximativo. Onde buscar, então, a a conotação específica dessa reincidência?
Depois, porque não pode o legislador. nem o intérprete, decretar que delitos tão díspares. tão dessemelhantes, possuam uma igualou mesma natureza".*

Mais uma vez, a redação do texto legal concede permissibilidade à dubiedade de interpretações. Inobstante assistir razão aos que discordam do primeiro posicionamento, é possível verificar que a intenção do dispositivo repousou em obstar o agraciamento do livramento condicional àquelas pessoas que praticam crimes

¹ apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. pp. 326 e 327.

² Op. Cil. p. 1.058.

considerados hediondos reiteradas vezes. Trata-se, aqui, de mero exercício de interpretação.

Em respaldo a tal posicionamento, recorra-se à lição de JULIO FABBRINI MIRABETE, ao definir a interpretação como o "*processo lógico que procura estabelecer a vontade da lei, que não é, necessariamente, a vontade do legislador*"³.

O liame que une os delitos elencados na Lei nº 8.072/90 reside nos efeitos de tais crimes, sempre significativos, aterradores e increpados de violência que atinge todos os bens jurídicos pelo dispositivo protegidos, seja a liberdade, seja o meio ambiente, seja a vida.

Conclui-se, por fim, que, apesar da impropriedade do preceito normativo em remeter à *reincidência específica*, resta compreendido que a *mens legis* do dispositivo residiu em coibir a incorrência repetida de crimes de efeitos símiles sob o aspecto da violência que causam quando praticados.

CONCLUSÃO

Conforme se fez possível observar, existe uma infinidade de hipóteses a serem submetidas ao crivo de um número limitado de normas. Os casos aqui elencados configuram simples exemplos, elaborados com base em dúvidas concebidas no decorrer da pouca prática de estudante, estagiária na Justiça Federal de Primeira Instância e voluntária na Vara de Execuções Penais da Justiça Estadual.

É evidente que o tema não resta esgotado. Todavia, algumas omissões figuram, pelo menos em tese, dirimidas, graças ao exercício interpretativo da norma, instituto este que se mostra sempre imperioso recorrer, quando se defronta com fatos não previstos em lei.

Importa ressaltar que a interpretação, em sede de Direito Penal e Processual Penal, deverá atender não somente a *mens legis*, mas também os princípios insculpidos nestes ramos do direito, de modo a prover o alcance da finalidade da norma, e, em caso de dúvida sobre a aplicabilidade de critérios de interpretação, recorrer-se ao bom senso ou ao preceito que mais se molda aos ideais de justiça inseridos em cada um de nós.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FRANCO, Alberto Silva; SILVA JÚNIOR, José; BETANHO, Luíz Carlos; STOCO, Rui; FEL TRIN, Sebastião Oscar; GUASTINI, Vicente Celso da Rocha e NINNO, Wilson. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. vol. 01, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 5ª ed., São Paulo: Atlas,

³ In Processo Penal, p. 70.

1994.

_____. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

A INFORMATIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES: A EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL EM NATAL/RN

Eliane Nascimento de Melo

Acadêmica do 7º Período do Curso de Direito da UFRN

1. INTRODUÇÃO

Os meios eletrônicos de processamento de dados têm provocado uma verdadeira revolução neste final de século, inclusive nos meios jurídicos. Com a informática, o processo eleitoral tomou-se ainda mais célere, embora já o fosse, em virtude da exigüidade dos prazos e dos institutos processuais que o caracterizam, como a preclusão e perempção, conforme observamos na Lei 64/90 (Lei das Inelegibilidades):

"Art. 16 - Os prazos a que se referem os artigos 3º e seguintes desta Lei Complementar são peremptórios e contínuos e correm em Secretaria ou Cartório e, a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados". (grifos nossos)

Pretende-se aqui relatar rapidamente a informatização do processo eleitoral, limitando nosso objeto de estudo à evolução da chamada "terceira grande fase" (a apuração), conforme denominação de Joel José Cândido¹, focalizando a experiência da Justiça Eleitoral em Natal/RN.

Consiste a apuração, segundo aquele autor, em "abrir as urnas, examinar cédula por cédula qual foi a manifestação de vontade do eleitor e registrar o conteúdo dos votos, sejam nominais, nulos ou em branco, em documentos apropriados"².

Ousamos discordar do conceito do grande jurista por acharmos que tal conceituação refere-se, unicamente, à contagem dos votos e seu registro nos boletins de urna, e porque contrasta com o Código Eleitoral, no momento em que este estabelece que a competência para a apuração das eleições será: a) das Juntas Eleitorais nas Zonas sob sua jurisdição; b) dos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições para Deputado Estadual e Federal, Senador e Governador do Estado e Vice-Governador; e, c) do Tribunal Superior Eleitoral, na eleição para Presidente da República³. Na verdade, o Tribunal Superior totaliza os resultados que recebe dos Tribunais Regionais e estes totalizam os resultados provenientes das Juntas. Para os fins a que se propõe este estudo, entendemos a apuração num sentido amplo, abrangendo, além do conceito do mestre, também a totalização dos votos.

Antes de seguirmos adiante, esclarecemos que é de nosso entendimento que a finalidade precípua da informatização da apuração é coibir a fraude eleitoral, que as páginas da História do Brasil tão escandalosamente registram. Um livro inteiro dedicado ao tema da fraude eleitoral na História brasileira não seria suficiente para

¹ Cândido, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. p. 191.

² Op. cit. p. 191.

³ Código Eleitoral, artigo 158. incisos I a III.

relatar todo o casuísmo com que já foi tratada a opinião popular. Sobremodo correta é a expressão da equipe do TRE/RJ:

*"Em toda a passagem histórica da Justiça eleitoral não há um pleito em que a situação mais preocupante, no antes, durante e depois, não tenha sido a fraude. Criou-se a Justiça Eleitoral por causa da fraude. Discute-se fraude há sessenta e quatro anos, informatizam-se as eleições por causa das fraudes"*⁴.

1.1. ELEIÇÕES ANTERIORES A 1986

Um dos primeiros problemas que verificamos na apuração das eleições anteriores a 1986 foi a extensão do prazo necessário aos trabalhos de contagem e totalização dos votos. O Código Eleitoral, no artigo 159, fixa o prazo de 10 (dez) dias para a apuração, e a Lei nº 6.996/82 determina:

"Art. 14. A apuração poderá ser iniciada a partir do recebimento da primeira urna, prolongando-se pelo tempo necessário, observado o prazo máximo de 10 (dez) dias".

Este prazo podia ainda ser prorrogado por mais cinco dias por solicitação da Junta. No caso da apuração ser da competência do TRE, esse prazo era de 30 dias podendo ser prorrogado por mais 15.

A Junta Apuradora, nas citadas eleições era - e ainda o é - composta de um Juiz de Direito e dois ou quatro cidadãos idôneos. Assim, além da morosidade no processamento das informações verifica-se a implicação de um custo real muito alto, pois, além do fato da Justiça Eleitoral depender do resultado da apuração para o prosseguimento de suas atividades normais, os idôneos cidadãos, enquanto a serviço da Justiça são afastados de suas atividades produtivas gerando certa "despesa indireta". Vale lembrar: em geral eram escolhidos funcionários de agências bancárias, contadores e operadores de caixa, em virtude da maior experiência com planilhas.

Mesmo para esses profissionais, os mapas de totalização - totalizadores progressivos manuais, eram um grande problema: uma falha na simples leitura de um único número era capaz de comprometer todo o trabalho executado, sem falar das repetidas e exaustivas conferências até chegar com alguma precisão ao resultado final.

O problema mais grave, porém, era a fraude. Até se chegar ao resultado final, muitas pessoas manipulavam os votos, já que era preciso contar as cédulas para cada cargo, depois separar os "montinhos" por candidato. Imagine-se a falta de fiscalização ou fiscais cansados de tanto observar a apuração: para aumentar ou diminuir a votação de certo candidato nenhum momento seria mais conveniente. É sabido também que o recurso contra a apuração não é admitido, salvo na hipótese de ter

⁴ Rio de Janeiro. TRE. A Justiça Eleitoral de 1932 ao Voto Eletrônico, p. 70.

havido impugnação perante a Junta contra as nulidades argüidas no momento da apuração (Código Eleitoral, artigo 171). Há ainda vários outros momentos em que verificamos a possibilidade da fraude: na própria votação⁵, na contagem das cédulas, no preenchimento do BU (Boletim de Uma) entre outros.

1.2. A SECRETARIA DE INFORMÁTICA

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte regulamentou a competência e atribuições da Secretaria de Informática através da Resolução nO 003/91-TREIRN.

Em 03 de novembro de 1992 a Secretaria de Informática passou a denominar-se Coordenação Regional de Informática e o TRE/RN, através da Resolução n° 018/92, aprovou o seu organograma e atribuições. Essa Coordenação Regional de Informática foi diretamente responsável pelo processamento dos dados referentes às eleições de 1992, do alistamento ao cálculo do tempo de propaganda eleitoral gratuita e, em Natal, também pela totalização dos votos.

A Lei 8.868/94 reorganizou os quadros das Secretarias do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral expediu Resolução regulamentando a Lei e fixando os organogramas das Secretarias citadas. A partir de então a Coordenação Regional de Informática transformou-se em Secretaria de Informática, denominação que traz na atualidade.

2.PROCEDIMENTOS ELETRÔNICOS NA APURAÇÃO DE ELEIÇÕES ANTERIORES

2.1. ELEIÇÕES ENTRE 1986 E 1992

Nas eleições de 1988, 1989 e 1990, no Rio Grande do Norte, o processamento dos boletins de urna já fora informatizado, sendo realizado por empresa contratada para este fim - o SERPRO. As empresas contratadas em todo o país, à época, trabalhavam com computadores de grande porte, "mainframes", que manipulam um número extremamente elevado de informações e operam com uma vasta quantidade de periféricos de entrada e saída de dados. O sistema era instalado permanecendo até o final do trabalho contratado, quando então os dados eram transferidos para fitas magnéticas.

Limitava-se a Secretaria de Informática do Tribunal Regional Eleitoral a equipes de conferência. Estas equipes conferiam os relatórios da digitação realizada

⁵ No já citado "A Justiça Eleitoral de 1932 ao Voto Eletrônico" encontramos referência também ao chamado "voto de carreirinha" ou "voto formiguinha". Referem-se as expressões aos votos preenchidos com a mesma caligrafia; é o tipo de fraude em que o componente da mesa receptora ou da Junta Apuradora preenche as cédulas, o que diminui sensivelmente o percentual de votos em branco.

pela SERPRO que, por sua vez, digitava e totalizava os dados constantes dos BU's. No mais, a apuração continuava a se realizar nos moldes das anteriores.

2.2. ELEIÇÕES DE 1992

A partir da Resolução nº 003/91-TER/RN, o TRE passou a realizar diretamente o processamento de todos os documentos relativos à atualização dos cadastros eleitorais, como FAE's - Formulários de Alistamento Eleitoral, FASE's - Formulários de Acompanhamento da Situação do Eleitor, Justificativas Eleitorais e Canhotos de Votação, remetidos à Coordenação Regional de Informática por todas as Zonas Eleitorais do Estado.

Dos primeiros microcomputadores monousuários que dispunha para realizar o processamento de tais documentos, a Coordenação Regional de Informática passou a operar, em 1992, com um sistema de rede, composto de um gerenciador do sistema e de dados e alguns terminais de digitação.

O Tribunal Superior Eleitoral determinou que a contagem dos votos fosse realizada pelas mesas receptoras, nos termos do Código Eleitoral, artigos 188 a 196. Se tudo corresse conforme planejado, a conclusão da apuração ocorreria, no máximo, em apenas três dias.

Vários fatores contribuíram para a imperfeição do sistema no primeiro turno: o despreparo e o cansaço dos mesários, a falha na fiscalização por parte dos partidos políticos, a própria apresentação do Boletim de Urna, entre outros. O grande "calcanhar de Aquiles", no entanto, foi mesmo o enorme percentual de erro encontrado nos BU's. A totalização sofreu um atraso em relação ao prazo anteriormente previsto e mesmo assim, os trabalhos de apuração foram encerrados em 07 (sete) de outubro, apenas 04 (quatro) dias após a data da eleição e um "recorde" em relação às eleições anteriores.

O segundo turno eliminou a contagem pelas mesas receptoras e os BU 's foram preenchidos pelas próprias Juntas Apuradoras, eliminando-se, sensivelmente, a margem de erros de preenchimento.

2.3. ELEIÇÕES DE 1994

Para o pleito de 1994, o Rio Grande do Norte foi dividido em sete pólos de processamento⁶ e treze zonas isoladas⁷, além das quatro zonas da Capital, que também funcionaram isoladamente.

As zonas isoladas processavam apenas os dados de cada uma, transmitindo-os, via Renpac, para a Secretaria de Informática do TRE/RN através de linhas discadas, à exceção das zonas da Capital que, como os pólos, utilizaram linhas dedicadas.

Nos Pólos, o trabalho exigia mais cuidado, em virtude dos mesmos reunirem, em um único local, os BU's provenientes das Juntas Eleitorais de várias

⁶ João Câmara, Caicó, Mossoró, Currais Novos, Pau dos Ferros, Açu e Nova Cruz

⁷ Funcionaram isoladamente as seguintes Zonas: S", 6", 8", 13", 16", 30", 33", 3S", 44", SO", S1", S3", 68", com sedes nas Comarcas de Macalva, Ceará-Mirim, São Paulo do Potengi, Santo Antônio, Santa Cruz, Macau, Mossoró, Apodi, Monte Alegre, Pamamirim, São Gonçalo do Amarante, Tangará e Santa Cruz, respectivamente.

zonas. No pólo de João Câmara, por exemplo, foram processados os dados de oito Zonas: 10^a - João Câmara, 14^a -Touros, 17^a - Lajes, 19^a - São Tomé, 46^a - Taipu, 52^a - São Bento do Norte, 48^a - Pedro Avelino e 62^a - Poço Branco, num total de 438 seções. As Juntas Apuradoras de cada Zona Eleitoral funcionaram normalmente em suas sedes. O transporte dos BU's foi inteiramente efetuado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que tinha um roteiro e horários fixos para passar em cada Zona. Os BU's vinham lacrados em envelopes sedex. Recebidos no pólo, eram conferidos, digitados e novamente conferidos. Encerrada corretamente a digitação do BU, era feita a transmissão para o TRE, que totalizava as seções do Estado e transmitia os dados para o TSE. Não é preciso dizer que a distância entre as Zonas era tal que a possibilidade de troca ou adulteração do BU não estava totalmente descartada e os trabalhos dos funcionários dos Correios deve ser lembrado pela idoneidade com que foi efetuado, especialmente no Pólo de João Câmara onde tivemos oportunidade de trabalhar durante as citadas eleições.

O escrutínio⁸ foi o tradicional e a apuração foi parcialmente realizada nas Juntas, onde foram contados os votos e preenchidos os BU's. O processamento destes assemelhou-se ao de 1992, em Natal, com a diferença de ter sido utilizado em todas as Zonas Eleitorais do Estado. Aliás, em todo o Brasil, com a totalização dos votos para Presidente da República realizada pelo TSE.

Não podemos deixar de mencionar a segurança do sistema que se utilizava de senhas pessoais, imunização de todos os micros contra vírus, criptografia para armazenamento e transmissão de dados e armazenamento de senhas, rotinas de senha e contra senha nas etapas de transmissão, backup automático e recursos de auditoria⁹.

Com um sistema assim, a fraude na digitação e totalização estava totalmente abolida, posto que o relatório da digitação de cada BU tinha de coincidir com o BU divulgado pela Junta. Fraude mesmo somente tomou-se possível na recepção dos votos e na apuração, conforme foi detectada no Rio de Janeiro por modo tão intenso que toda a eleição proporcional do Estado foi anulada, encontrando-se caracterizado,

entre outros tipos de fraude, o "voto de carreirinha"¹⁰.

3. A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL NO PLEITO DE 1996

A Lei 9.100/95, nos artigos 18 a 20 trata do "Sistema Eletrônico de Votação e Apuração". Esta foi a grande novidade das eleições de 1996: a urna eletrônica¹¹. Agora, não somente a apuração foi eletrônica, mas o escrutínio também

⁸ Adotamos o conceito de escrutínio de José Afonso da Silva, no seu Curso de direito constitucional positivo, p. 309, que diferencia sufrágio, voto e escrutínio, entendendo este último como o modo de exercício do voto. Referimo-nos, portanto, à votação.

⁹ Conforme treinamento efetuado pela M6dulo, empresa responsável pela segurança do sistema utilizado.

¹⁰ Ver nota ao item 1.1, onde trata de fraude na votação.

¹¹ Enquanto pesquisávamos para a elaboração deste texto, ficamos surpresos quando descobrimos que já houve, em 1932, uma máquina de votar, que tornava o voto rigorosamente secreto e que só não foi utilizada devido ao seu elevado custo

naqueles locais onde autorizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, na conformidade do texto legal:

"Art. 18. O Tribunal Superior Eleitoral poderá autorizar os Tribunais Regionais a utilizarem, em uma ou mais Zonas Eleitorais, o sistema eletrônico de votação e apuração.

§ 1º A autorização poderá se referir apenas à apuração".

Válida é a lição de Joel José Cândido. A lei trata de uma faculdade, mesmo porque não poderia obrigar as Zonas Eleitorais a utilizarem o sistema eletrônico, pois precisava preocupar-se também com aquelas afastadas sem possibilidade de implantação da nova tecnologia. Tal exigência, pelo extremismo, tornaria impraticável o processo democrático eleitoral.

Regulamentando a lei citada, através da Resolução nº 19.515, de 18/04/96, o Tribunal Superior Eleitoral determinou:

"Art. 5º Será utilizado o Sistema Eletrônico de Votação nas capitais e nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, tomando-se como referência o eleitorado definido para as eleições gerais de 1994 (Lei nº 9.100/95, art. 18, caput)".

Da adequada utilização da votação informatizada dependeu o resultado final do processo de apuração dos votos nestas eleições.

O procedimento era muito simples. A urna era "liberada" pelo presidente da mesa receptora através de um microterminal, posteriormente à identificação do eleitor. Este, na cabina, deveria digitar e confirmar os votos para prefeito e vereador. Após confirmado o voto, fosse ele válido, em branco ou nulo, a urna o imprimiria e a "cédula" seria "depositada" pela própria máquina num recipiente a ela acoplado. Isto satisfaria uma dupla necessidade: asseguraria o sigilo do voto, posto que as "cédulas" caem da máquina, sendo depositadas aleatoriamente, e permitiria que se recontassem os votos no caso de impugnação por parte de algum partido político, coligação ou candidato.

Vale aqui chamar a atenção para a importância da fiscalização realizada pelos partidos e coligações, tanto para assegurar o sigilo do voto, como a correta execução das tarefas da mesa receptora. Considerando-se a situação de ausência de fiscalização em uma seção eleitoral mais distante, e a possibilidade de os componentes da mesa não serem pessoas tão idôneas como exige o trabalho que realizam, poderíamos estar diante de um caso em que, não comparecendo o eleitor, e de posse do número do título, que consta da folha de votação, os componentes da mesa receptora poderiam muito bem "liberar" a urna e entrar com os votos que lhes fossem convenientes. Quem iria conferir, uma a uma, cada assinatura da folha de votação? A participação dos partidos foi, além de efetiva, uma das vigas para a idoneidade do pleito testemunhado.

Não existe um sistema que não possa ser burlado, mas é preciso que se afaste totalmente o fantasma da fraude, para que se possa garantir a continuidade do processo democrático, pois a estabilidade do Estado de Direito depende de eleições cujo resultado reflita a vontade da maioria. Lembramos que a finalidade maior da urna

eletrônica é assegurar não apenas a celeridade, mas também a lisura dos resultados.

Temos de reconhecer, porém, a enormidade do avanço ocasionado pela utilização da urna eletrônica e o reflexo disto na apuração: foi uma questão de poucas horas, necessárias para permitir que os dados das diversas urnas fossem reunidos e certificar-se de que houve o cumprimento das formalidades exigidas pela Lei e pelas Instruções do TSE, e tivemos o resultado final.

Nos demais municípios do Rio Grande do Norte, a votação seguiu à maneira tradicional. A apuração realizou-se de modo semelhante ao pleito de 1994: os votos contados pelas Juntas Eleitorais que preenchiam os boletins de urna e os encaminhavam para processamento. Não houve os pólos que observamos em 1994. Desta vez, cada Zona, de *per si*, foi responsável pela apuração eletrônica, com o suporte dado pelo Tribunal Regional Eleitoral. É que após o pleito de 1994, todo o equipamento utilizado pelos pólos foi distribuído pelas Zonas Eleitorais e, desde então, foi feito um trabalho de automação dos serviços dos Cartórios Eleitorais como, V.g., a digitação dos FAE's e FASE's por funcionários de cada Cartório.

4. CONCLUSÃO

O sistema eletrônico de votação e apuração foi muito questionado. Normal que o fosse. Os mais jovens estão acostumados a avanços rápidos, o mesmo não se pode dizer dos mais vividos. Além disso, por tratar-se de experiência pioneira, na maior parte dos Estados, grande era a ansiedade por saber se iria mesmo dar certo. Até que ponto ele asseguraria a idoneidade da eleição?

Acredito que havendo uma fiscalização eficiente, não há o que se questionar quanto à lisura do pleito, havendo a utilização da urna eletrônica, no modelo determinado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Uma preocupação, porém, era geral: por representar um avanço tão rápido, será que nós já estávamos preparados para usá-la? Os eleitores analfabetos não seriam mais facilmente manipulados?

Os nossos legisladores esqueceram da grande maioria analfabeta do nosso país e, por isso, ensinar os eleitores a usar a urna foi um trabalho por demais preocupante. Alguns funcionários da Justiça Eleitoral sentiram mesmo dificuldade em ensinar aos eleitores como utilizar a urna, apesar da enorme campanha realizada pelo TSE. À primeira vista, os eleitores tinham medo do equipamento, principalmente os analfabetos e os mais idosos. Vencido o medo, outro passo largo era manuseá-la. Encontramos uma eleitora que tinha dúvidas quanto ao isolamento elétrico do equipamento. Achava que levaria choques se errasse na hora de votar. Certamente que há extrema facilidade no uso da urna eletrônica, especialmente porque o teclado eqüivale ao de um telefone. Usá-la é tão fácil quanto operar uma máquina de saldos e extratos bancários. Os nossos parlamentares esqueceram apenas que não é muito grande o número de eleitores que possuem conta bancária e mesmo entre os que as possuem, relevante é o número dos que necessitam de orientação dos funcionários das agências cada vez que precisam operá-las.

Outro ponto trouxe preocupação: o voto dos eleitores cegos. Pensando neles, o teclado da urna possui os signos em braiIle, abaixo de cada tecla, bem como o ponto de identificação da tecla nº. 5, de forma que o eleitor cego só precisava localizar os símbolos desejados e tocar as teclas correspondentes. Mas as máquinas variam quanto à sensibilidade de forma que os teclados de algumas são tão sensíveis que o

mínimo toque digita vários números enquanto o de outras necessita de pressão bem maior.

Impossibilitado de ver o que está digitando, o eleitor cego, desde que tenha treinado bastante, pode até acertar a seqüência desejada das teclas, mas não pode ter certeza de que os números recebidos pela uma foram os que ele tinha a intenção de digitar.

Bem, sabemos que os eleitores cegos são em número bastante reduzido e é por este motivo que o Código Eleitoral prevê uma seção especial para cegos alfabetizados pelo sistema braille, com o fim de garantir-lhes a participação no processo eleitoral e, principalmente, o segredo do voto. Em virtude de serem tão poucos, não se deve chegar ao extremo de achar que tais votos não fazem diferença, como ouvimos outro dia de "certo" cidadão.

O que se quer garantir a esses eleitores é o direito constitucional que têm de exercer o sufrágio ativo, não importa quantos são eles. Importa que são sujeitos de direitos e devem exercê-los. Para resolver a questão, apontamos duas soluções: tomar os votos dos cegos da forma tradicional, utilizando-se a velha cédula eleitoral, ou anexar fones de ouvido à urna. Neste último caso, o cego os utilizaria para certificar-se de que teclou os números desejados e realizou corretamente as operações. Achamos que a última solução seria a mais adequada.

Em todas as eleições, são computados votos em branco. Alguns eleitores, por um motivo qualquer, depositavam a cédula sem preenchimento. Na sua simplicidade, deviam acreditar que não digitando número algum, nestas eleições, ou simplesmente não confirmando nada, estariam em situação equivalente àquela. O TSE resolveu, então, prever uma forma de encerrar a votação quando o eleitor demorasse por demais a votar ou decidisse não votar. Tratava-se da suspensão do voto: o presidente da mesa receptora digitaria uma senha que suspenderia o voto, anulando-o. Talvez a mais profunda crítica que temos a fazer ao uso da uma eletrônica seja com relação a este procedimento. Ora, trata-se, ao nosso ver, de profunda inconstitucionalidade, pois o voto é direito previsto na Carta Magna, e todos no pleno exercício dos seus direitos políticos não só podem como devem exercê-lo. Temos que o voto nulo, no conceito de José Afonso da Silva, com quem concordamos, não é voto. O presidente da seção, ao anular o voto do eleitor agrediria o sistema democrático e ainda contribuiria para diminuir o quociente eleitoral, além de cometer um crime, conforme o Código Eleitoral:

*"Art. 297 - Impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio:
Pena _ detenção até seis meses e pagamento de 60 a 90 dias-multa".*

Mas a tecnologia não favoreceu as pretensões da Corte e, na fase de testes, percebeu-se que uma falha da programação travava o sistema cada vez que a senha de suspensão era usada e, no último instante, o TSE proibiu o uso das senhas, aliás, única para todo o Brasil.

Com isto, outro problema surgia: Se o presidente da seção não poderia encerrar a votação do eleitor que deixou a cabina sem votar, como fazer para liberar a urna, o que só ocorria com a confirmação do voto para vereador? O eleitor teria necessariamente que votar e a mesa teria que ter redobrado cuidado em verificar que a urna

tinha sido liberada.

Temos ouvido testemunhos vários e até presenciámos a atitude tomada quando não se conseguia convencer o eleitor a confirmar o voto: o presidente da seção reunia os fiscais de partidos presentes e um outro componente da mesa e juntos iam até a cabina de votação, digitavam 99999 e confirmavam, anulando o segundo voto do eleitor. Acharmos que tal atitude equívale ao uso da senha e tem os mesmos efeitos, trazendo duas diferenças: naquela a responsabilidade era do presidente da seção e nesta, são responsáveis todos os componentes da mesa receptora e os fiscais de partido presentes no momento; naquela o crime seria o do artigo 297, nesta seria, conforme o caso concreto, ou o previsto no artigo 309 ou o do artigo 312, que assim versam:

"Art. 309 – Vota tentar votar mais de uma vez, em lugar de outrem:

Pena - reclusão até três anos.

Art. 312 - Violar ou tentar violar o sigilo do voto:

Pena – detenção até dois anos”¹².

Não seria o caso do Tribunal Superior Eleitoral rever o sistema utilizado e valer-se de um recurso disponível nos caixas eletrônicos de qualquer banco ou numa ligação telefônica: o limite de tempo? Se o eleitor está digitando, ou confirmando, nenhum problema. Se nada fosse digitado, após algum tempo a própria máquina emitiria o "confirma" e encerraria a votação do eleitor, registrando em branco, ou nulo, ou válido, conforme o que houvesse sido digitado pelo eleitor.

Por fim, indagávamos se os mesários saberiam operar com segurança a uma eletrônica. Como se sabe, as eleições de 1992 trouxeram o inconveniente de, em seu primeiro turno, obrigarem à contagem dos votos de cada urna e o conseqüente preenchimento dos BU's pelas mesas receptoras nas próprias dependências das seções eleitorais. A experiência, por negativa que se mostrou, não foi repetida nem no segundo turno daquelas eleições, nem nas eleições de 1994.

Nestas eleições voltou a haver a previsão de emissão dos boletins de urna pelas mesas receptoras, tanto onde houve votação eletrônica, como onde esta não ocorreu, desde que, no último caso houvesse a autorização do Tribunal Superior Eleitoral.

Onde houve votação eletrônica, a participação das mesas receptoras foi decisiva. Basta considerar a competência do Presidente da Mesa Receptora, prevista no artigo 15, da Resolução TSE nº 19.515, de 18 de abril de 1996, como iniciar a votação com emissão da zerésima e encerrá-la imprimindo o boletim de uma e gerando o disquete de dados. Aqueles que tem a vivência dos Cartórios Eleitorais sabem como é difícil encontrar eleitores com certo grau de instrução para compor as mesas. É comum encontrarmos mesários que nem sequer concluíram a quarta série do primeiro grau. Será que essas pessoas teriam tranquilidade para operar as urnas? Saberiam pelo menos emitir as zerésimas? Esta, é um relatório inicial impresso pelo equipamento e que cumpre dupla finalidade: informar quantidade zero de votos na urna para todos os candidatos e inicializar o sistema de votação. Um dos funcionários envolvidos nos trabalhos testemunhou um presidente de seção tão nervoso que não conseguia entender

¹² Como nosso tema Mo trata de crimes eleitorais, remetemos o leitor ao livro de Joel José Candido, cuja citação encontra-se no item 5 (referências bibliográficas).

a instrução da máquina de confirmar a emissão da zerésima. Dirigiu-se ao primeiro quase histérico afirmando que a máquina havia quebrado.

De qualquer forma, qualquer travamento da urna durante a votação ensinaria a transformação do sistema eletrônico em tradicional, com a urna plástica continuando acoplada ao equipamento e desde que houvesse votado mais de um eleitor. Era inclusive uma das providências para assegurar o sigilo do voto do primeiro eleitor, que só poderia sair da seção após o voto do segundo eleitor.

Vários procedimentos de emergência foram previstos, como a utilização de baterias externas caso houvesse falta de energia. Algumas umas precisaram utilizar-se destes procedimentos de emergência. Verificamos também que há uma necessidade de aprimoramento do equipamento. Talvez elas, como uma máquina xerox não tivessem durabilidade para agüentar as ruas, como agüentaram, por meses na divulgação do voto eletrônico e na hora que não deveria, o microterminal piscava os led's, sem ter problemas na energia, não atendia às consultas ou não liberava a uma e, neste momento, a votação tinha de ser convertida em manual.

Nos lugares em que autorizada pelo TSE, poderia haver contagem dos votos pela mesa receptora. Desta vez, porém, tomou-se a precaução de exigir que fosse feita na presença da Junta Eleitoral (Resolução TSE nº 19.540, de 03/05/96, artigo 51). Assim, o procedimento de votação correria normalmente e a mesa deveria deslocar-se para o local designado e, apenas lá chegando, sob supervisão da Junta Eleitoral, procederia a contagem dos votos, preenchendo o boletim de uma. Seguir-se-ia a revisão aritmética do boletim pela Junta, que deveria abrir a urna e conferir os votos caso a contagem da mesa não permitisse o fechamento do BU (Código Eleitoral, artigos 189 a 195). Não houve registro deste procedimento em Natal.

É forçoso reconhecer, no entanto, como foi largo o passo dado para a lisura do processo eleitoral, como o define Joel José Cândido. Um bom exemplo disto, é a determinação da Resolução do TSE nº 19.541, de 03.05.96, contida no parágrafo único do artigo 13, que os dados utilizados no processamento eletrônico, tão logo este seja concluído, sejam colocados à disposição dos partidos através da INTERNET, para permitir possam eles conferir os dados processados com as cópias de que disporão dos BU's.

Ainda estamos aprendendo a caminhar democraticamente, mas os casos de fraude, como ocorreu no Rio de Janeiro em 1994, são coibidos com mais firmeza. Os cidadãos já se sentem mais à vontade para falar de política partidária e para dar suas opiniões, ao mesmo tempo em que confiam mais nos resultados eleitorais. Os eleitores têm sede de participação política. Não temos dúvidas que compareceriam às urnas mesmo que o voto fosse facultativo. Assim não fosse, não veríamos idosos amparados em cadeiras de rodas fazendo questão de participar, quando há muito já não precisam mais fazê-lo. Mais do que os jovens eles sabem qual a sensação de não poder opinar. Eles viveram o período ditatorial enquanto a juventude apenas leu sobre o assunto.

A informática tem invadido todos os espaços, sendo extremamente útil à democracia. Pudemos certificar-nos disto no pleito que testemunhamos. Com certeza ocorreram falhas, posto que foram homens que o elaboraram, mas é certo também que ele foi mais uma etapa no aprendizado do Brasil rumo ao amadurecimento democrático. Em 1994, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral na época, Ministro Sepúlveda Pertence, declarou que a apuração eletrônica era o "funeral da fraude eleitoral". Cremos que estava certo. Com base nisto podemos afirmar com convicção que se a apuração

eletrônica era o funeral, estamos assistindo ao sepultamento da fraude e, finalmente, chegando ao tão sonhado respeito pela vontade popular que caracteriza a democracia.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições municipais 1996: legislação consolidada. 2.ed. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do TSE, 1996.

BRASIL. Legislação eleitoral e partidária. 10.ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994.

CÂNDIDO, Joel José. Direito eleitoral brasileiro. 6.ed., rev., atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 1996.

GODOY, Mayr. Eleições municipais: comentários às disposições legais que incidem no pleito local. São Paulo: LEUD, 1996. P. 152-159.

MANUAL de legislação eleitoral e partidária. Fortaleza: TRE/CE: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 1996.

RIBEIRO, Fávila. Direito Eleitoral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Eleitoral. Projeto Memória Eleitoral. A Justiça Eleitoral de 1932 ao Voto Eletrônico. Edvaldo Ramos e Sousa, Coordenador. Rio de Janeiro: Infobook, 1996.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8.ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

TELLES, Ney Moura. Direito eleitoral: comentários à Lei 9.100, de 29 de setembro de 1995: Resoluções e Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Leme: Editora de Direito, 1996. P.67-136.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do nome civil das pessoas naturais sempre proporciona interesse, haja vista se tratar de tema que diz respeito a toda sociedade. A nossa atenção se voltará especificamente à pessoa natural do direito civil. Este estudo comportará duas análises sobremaneira interligadas: uma sob o aspecto individualista do nome; e outra vislumbrada sob o ponto de vista público do nome.

Não se buscará tecer minuciosamente todo o tema, uma vez que é bastante amplo. Analisaremos o que há de mais interessante e atualizado no que se refere a este assunto, sobretudo voltados aos aspectos particular e público que o envolvem. Para isso, partiremos desde as configurações espacial e temporal deste tema, passando pelo seu exame teórico, para rematar com a praticidade que lhe é peculiar.

o nome civil das pessoas naturais, pela sua riqueza de conteúdo, merece ser apresentado com tudo que o envolve, porém apenas buscaremos expor o suficiente à elucidação das nossas curiosidades e ao suprimento do que desconhecemos quanto ao que há de relevante deste assunto, tudo isso relacionado aos dispositivos de direito que regulamentam este tema.

2. DA NOTÍCIA HISTÓRICA E GEOGRÁFICA

É sabido que a busca pela individualização das pessoas inicia-se pela identificação destas, e o seu nome é um dos sinais exteriores que melhor as qualificam, juntamente com os seus estados e domicílio.

As diversas culturas, no tempo e no espaço, manifestaram e ainda hoje apresentam suas especificidades quanto aos nomes dos seus indivíduos. Vale expor algumas das mais curiosas.

Dos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro¹, verifica-se que, entre os gregos, o nome era único e individual e que não se transmitiam aos seus descendentes, como Sócrates e Platão. Inicialmente, era também único para os hebreus, posteriormente passaram os indivíduos a ser identificados pelos próprios nomes ligados aos dos seus ascendentes, como José Bar-Jacó, ou seja, José, filho de Jacó, ou ainda Barrabás, isto é, filho de Abás, que foi identificado apenas pela filiação, visto que o seu primeiro nome se perdera no tempo. Esta forma ainda hoje se constata entre os árabes, por exemplo, Ali Ben Mustafá, ou seja, Ali, filho de Mustafá.

Entre os romanos havia uma certa complexidade, uma vez que os nomes se compunham pela identificação da gens e do nome próprio de cada indivíduo, em que depois ainda veio a se acrescentar - especificamente nos homens - o cognome. Com o tempo, em função das circunstâncias históricas, surgiram novas modificações. Passaram a ser utilizados sobrenomes inspirados nas qualidades, nos sinais, ou nas profissões individuais, e também em animais ou plantas. São exemplos: Valente, Branco, Monteiro, Carvalho etc. Ou ainda, utilizavam a identificação paterna, como Afonso Henriques, isto é, Afonso, filho de Henrique.

¹ In Curso de Direito Civil: Parte Geral, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, págs. 87 e 88.

Os russos utilizam uma terminação apropriada para os homens e outra para as mulheres, vitch ou vicz e ovna respectivamente. Por exemplo Alexandre Markovicz, ou seja, Alexandre, filho de Marcos, ou Nádía Petrova, isto é, Nádía, filha de Pedro. Já para os romenos, a terminação é esco, assim se verifica com Lupesco ou Popesco. E para os ingleses é son, por exemplo Stevenson.

Enfim, houve uma grande diversidade de maneiras utilizadas para se designar os nomes dos indivíduos das diversas culturas através dos tempos em diversas regiões, estes são apenas alguns exemplos lecionados por aquele professor.

Entre nós, modernamente, o nome é composto e, na linguagem popular, é reduzido ao prenome, isto é, ao nome próprio que é dado ao indivíduo por ocasião do nascimento, como Paulo, Maria etc. Porém, para a doutrina pátria, a compreensão deve ser mais ampla, assim, o nome é constituído pelo prenome e pelo patronímico, e ainda, em alguns casos, pelos agnomes e pelas partículas de, do, das etc.

3. DOS ELEMENTOS COMPONENTES DO NOME CIVIL

O nome civil compõe-se, geralmente, do prenome e do patronímico ou apelido de família, podendo ainda se apresentar, ocasionalmente, o agnome ou as partículas de, da, das, de Los etc.

O prenome é a designação própria de cada indivíduo que é escolhida, quase livremente, pelos responsáveis da pessoa. Dissemos quase livremente porque se devem observar algumas restrições que exporemos mais adiante. Pois bem, o prenome pode ser simples, como João, ou composto, como João Alberto ou Paula Maria Regina.

Já o patronímico, comumente chamado de sobrenome, é o elemento caracterizador da família da qual provém o indivíduo, é o sinal de sua descendência, filiação, estirpe e, em alguns casos, até da procedência regional. Enfim, é o elemento adquirido pela pessoa, por direito, logo que nasce. Pode ser simples, como Silva, ou composto, como Silva Costa ou Barros Silva Costa.

Os agnomes e as partículas já mencionadas são componentes do nome também, todavia são encontrados em apenas alguns desses. Os agnomes são sinais distintivos que se acrescentam ao nome completo da pessoa de forma a diferenciá-la de uma outra. São exemplos de agnomes: Neto, Filho, Júnior etc. As partículas (de, da, dos, de La etc) também são integrantes do nome das pessoas, como em José da Silva, Maria das Dores ou Antônio de Los Santos.

Há outros elementos por alguns chamados de secundários, que não são reconhecidos pelo direito pátrio como componentes do nome, são eles: os títulos honoríficos, como Conde ou Duque; os títulos eclesiásticos, como Cardeal ou Padre; os qualificativos de identidade oficial, como Senador ou Juiz; e os títulos acadêmicos e científicos, como Mestre ou Doutor².

4. DA NATUREZA JURÍDICA DO NOME CIVIL

A doutrina não é uníssona quanto à natureza jurídica do nome. Há quem o qualifique como um instituto de direito público; como direito subjetivo do indivíduo;

² In Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º vol. 7ª ed., São Paulo; Saraiva, 1989, pág. 100.

como instituição de polícia civil; como propriedade sui generis etc.

Nos afiliamos à teoria eclética, que funde o dever social com o direito subjetivo, sendo assim, um direito e um dever. Pois, uma vez que o indivíduo tem a obrigação de usar, conservar e manter o nome, sendo um ônus pessoal em favor da sociedade; em contrapartida, o Direito deve tutelar o nome da pessoa, impedindo o seu uso indevido por outrem e protegendo a faculdade individual de usá-lo.

5. DA IMPORTÂNCIA DO NOME CIVIL

O nome civil da pessoa natural é o sinal exterior individualizador e qualificador desta. Juntamente com o estado e o domicílio, o nome é elemento de reconhecimento e identificação da pessoa a nível de sociedade.

Há pois dois aspectos relevantes a serem observados no estudo do nome. A questão do direito individual da pessoa em possuir um nome e por este ser designada; e há também a relevância desta qualificação no seio da sociedade.

Ora, se as pessoas não possuíssem nomes, ou se estes fossem confusos, iguais ou inconvenientes, certamente haveria graves prejuízos no âmbito das relações jurídicas. Não se saberia ao certo com quem se contratou; ou quem é o seu devedor; ou como se dirigir aos demais membros da comunidade, de forma que não restassem dúvidas ou erros.

É assim um tema bastante interessante e que aguça a nossa curiosidade, uma vez que todos possuímos um nome e é geralmente através deste "rótulo" que primeiro nos apresentamos. As pessoas carregam-no durante toda a vida, inclusive após a morte. Pois, homenageiam-se os indivíduos com a aposição dos seus nomes a ruas, bibliotecas, ginásios esportivos etc. Portanto, mesmo após o falecimento remoto da pessoa, é possível identificá-la através do seu nome.

Desta forma, o Legislador não poderia ignorá-lo. Tanto é assim que, logo em seu artigo 12, o Código Civil brasileiro impõe que sejam inscritos em registro público, entre outros fatos jurídicos, os nascimentos. Vale mencionar o que dispõe a Lei nº 6.015/73, a chamada Lei dos Registros Públicos, quanto ao registro do nome civil da pessoa natural. Tal Lei preceitua, em seu artigo 54, 4º, que o assento de nascimento deverá conter o "nome e o prenome", que forem postos à criança. Entendemos que o texto legal tenha se referido ao prenome e ao patronímico da pessoa. Não se admite que a pessoa não tenha nome, tanto é assim que o Legislador menciona imposições ao Oficial do Registro, basta verificar o caput do artigo 55 da referida Lei, in verbis:

"Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo o reconhecimento no ato".

É evidente que tal dispositivo legal deve ser interpretado à luz da Constituição, que não mais admite distinções ou qualificações entre os filhos. Quando formos tratar da modificação do nome em virtude do reconhecimento de paternidade e da adoção nos aprofundaremos nesta questão.

6. DA ALTERAÇÃO DO NOME COM O ALCANCE DA MAIORIDADE CIVIL

A Lei nº 6.015/73, a chamada Lei dos Registros Públicos, disciplina as possibilidades de modificação do nome civil. Iniciaremos por estudar a primeira, que é a mais simples e, ao mesmo tempo, acreditamos ser a mais desconhecida de todas.

Prescreve o artigo 56 da referida Lei, in verbis:

"O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa".

Assim, ao completar vinte e um (21) anos de idade - o que corresponde à nossa maioridade civil, nos termos do artigo 9º, caput, do Código Civil brasileiro - a pessoa interessada poderá se dirigir ao cartório competente e solicitar que o Oficial do Registro Público proceda às alterações desejadas.

É relevante dizer que a orientação legal deve ser respeitada, ou seja, não se poderá alterar os apelidos de família, uma vez que são inatingíveis, nos termos da Lei.

Afora isso, o interessado poderá pedir ao Oficial do Registro - portanto em via administrativa e não judicial - que altere o seu nome. Como exemplo fictício, utilizaremos o nome de uma mulher registrada como Mary Paula Costa Barbosa. Pode esta mulher pedir-lhe que traduza o seu nome para o vernáculo, passando a se chamar Maria Paula Costa Barbosa. Ou pode pedir-lhe que acrescente ao seu nome outro prenome, passando a se chamar Mary Paula Helena Costa Barbosa. Ou poderá pedir-lhe que acrescente ao seu nome o prenome ou o apelido de família da mãe ou da avó, o apelido do pai ou do avô, enfim há várias hipóteses. Evidentemente, prenome ou apelido aqueles que não constem do seu nome original. Desejando então homenagear o seu avô, solicita-lhe que acrescente ao seu nome o apelido daquele, passando a se chamar Mary Paula Lopes Costa Barbosa. Ou ainda, pode pedir-lhe que altere a ordem dos elementos componentes do seu nome, passando a se chamar Paula Mary Costa Barbosa. Em uma outra hipótese, pode querer suprimir do seu nome algum elemento, passando a ser chamada apenas de Mary Costa Barbosa.

Vale dizer que há quem ensine que tais alterações devem apresentar justo motivo e que as transformações dos prenomes simples em duplo e vice-versa não serão possíveis no casos dos nomes célebres, como Marco Antônio, João Batista etc³.

Com o devido respeito, não concordamos com tal justificação, nem com qual restrição, uma vez que entendemos não caber ao Oficial do Registro obstar o exercício da faculdade individual exercida de boa-fé pelo interessado. E, mais ainda, deve aquele apenas atentar para a seriedade através da qual o interessado lhe apresenta a solicitação, isto é, se não quer apenas maliciosamente gracejar. Qualquer posterior juízo de valor a ser externado, não é o Oficial do Registro quem deve emití-lo, e sim o juiz,

³ In Diniz, Maria Helena. Ob. cit., pág. 102.

nas hipóteses que estudaremos no próximo item. O mais importante é que, desta maneira, respeita-se a segurança jurídica que deve ser observada no âmbito das relações sociais, pois uma instabilidade proporcionada pela variabilidade indiscriminada do nome das pessoas certamente seria perniciosa à sociedade.

Enfim, são estas as alterações possíveis do nome do indivíduo que completa a maioridade. Trata-se de uma oportunidade para as pessoas que, de alguma maneira, pretendem fazer ajustes no seu nome, sem que precisem ingressar em juízo e, conseqüentemente, apresentar um justo motivo para se permitir tais modificações; haja vista que geralmente não podíamos emitir opinião no momento do nosso registro, por razões óbvias.

Verifica-se que é este um procedimento bastante simplificado. E repita-se, devem ser preservados os apelidos de família e as demais disposições legais daquele artigo.

7. DAS DEMAIS POSSIBILIDADES DE MODIFICAÇÃO DO NOME CIVIL

Em se perdendo a oportunidade supra estudada, isto é, a alteração do nome no ano em que se alcança da maioridade civil, instante em que o procedimento é bem mais simples, pode ainda o interessado recorrer às outras hipóteses previstas pelo direito pátrio.

A Lei dos Registros Públicos, em seu artigo 57, caput, prescreve, in verbis:

"Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa".

Assim, se na hipótese anterior do alcance da maioridade os procedimentos eram bem mais simples, agora - passada e não exercida aquela faculdade na ocasião propicia - a Lei impõem maiores rigores. Haja vista que o interessado deverá apresentar prova suficiente ao juiz, que poderá não acatar as alegações daquele, uma vez que a Lei dispõe que deve haver um justo motivo para que, excepcionalmente, o juiz _ por sentença _ determine a modificação requerida, com a observância dos demais procedimentos legais.

A mesma Lei dos Registros Públicos regulamenta outros casos em que há possibilidade de modificação do nome civil das pessoas. Vale citar os dispositivos legais que disciplinam esta matéria: o parágrafo único do já mencionado artigo 55; o artigo 58, caput, e o seu parágrafo único. Tais preceitos legais, respectivamente, impõem o seguinte:

"Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa o oficial, este submeterá por escrito o caso, independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão

*do juiz competente".
"O prenome será imutável.*

Parágrafo único. Quando, entretanto, for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a SUA mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o Oficial não o houver impugnado".

Pois bem, nestes termos o Legislador pátrio disciplinou a *admissibilidade* da *modificação* do nome *civil* das pessoas. A doutrina e a jurisprudência cuidaram de alargar mais ainda as margens destes preceitos legais. Desenvolveram-se novas e abrangentes interpretações, as quais exporemos adiante.

Verifica-se a Possibilidade de modificação do nome das pessoas: pela correção de erro gráfico evidente; nos casos dos nomes ridículos ou exóticos; pelo uso prolongado e constante de um nome diverso daquele registrado; pela utilização de apelido; no caso dos homônimos; pelo acréscimo de patronímico de ascendente; nos casos de embaraços em função de atividade Profissional; pelo concubinato; pelo casamento, separação judicial e divórcio; no caso de reconhecimento de paternidade; pela adoção; no caso de tradução para o português de nome estrangeiro; e pela mudança de sexo.

Vale dizer que a jurisprudência vem aceitando a admissibilidade da pessoa que, mesmo menor, possa requerer, através do seu representante ou assistente legal, a alteração de nome ridículo, a correção de erro gráfico ou a inclusão do apelido de família materno, não aguardando a maioria para proceder a tais solicitações⁴.

Inicialmente, analisaremos a hipótese de erro *gráfico* do prenome. Como já *foi mencionado*, no parágrafo único do *artigo* 58, da *Lei* dos Registros Públicos, é admissível a retificação do prenome registrado com evidente erro de grafia, como Maucelo, quando o correto *seria* Marcelo, ou Anrique, ao invés de *Henrique*. E, *mais* ainda, *admite-se* a correção do prenome registrado no diminutivo, como Teresinha, quando o certo deveria ser Teresa⁵.

Quanto aos nomes ridículos ou exóticos, também é admissível a modificação destes. A mencionada Lei se refere apenas ao prenome. Assim, disciplina hipóteses como as das pessoas registradas por Sim Batista ou Antônio Aparecido, que Solicitaram a modificação para Jorge Sim Batista, e apenas Antônio, respectivamente⁶. Portanto, são estes casos mais simples. Neste mesmo contexto se encaixa a hipótese das pessoas registradas com nomes do tipo Hitler ou Lúcifer. Porém, constam dos arquivos do INPS nomes jocosos como Rolando Pela Escada

⁴ In Diniz. Maria Helena. Ob. Cit., pág. 102.

⁵ In Monteiro. Washington de Barros. Ob. cit.. pág. 90.

⁶ In Fuhrer. Maximilianus Cláudio América. Resumo de Direito Civil: 14ª edição, Malheiros, 1996, pág 31.

Abaixo e João Cara de José⁷.

É realmente incompreensível como os seus "responsáveis" foram tão insensíveis ao ponto de puni-los com tamanho castigo. Nestes casos, nos salta aos olhos a possibilidade de modificação por completo de tais nomes, e não apenas o prenome como dispôs a referida Lei.

Há outros casos em que determinadas pessoas fazem uso constante e prolongado de determinados nomes que não são os que foram grafados por ocasião dos seus registros. Tais pessoas, de boa-fé, utilizam-se deste outro nome de tal maneira que passam a ser, no meio social, identificadas por eles. Um exemplo de pessoa que requereu tal modificação, é o de uma mulher cujo nome registrado era Maria Aparecida, porém ela era reconhecida socialmente como sendo Maria Luciana⁸. Portanto, em tais casos também há admissibilidade de modificação do nome, uma vez reconhecida a boa intenção do interessado.

Hipótese semelhante é a das pessoas que utilizam apelidos para se apresentarem. Podem, pois, acostar tais designações aos seus nomes, uma vez que se agregaram de tal maneira à personalidade daquelas que até, pode-se dizer, tomaram-se parte da caracterização daqueles indivíduos. Estas pessoas possuem alcunhas que usam habitualmente. É este um fato que ocorre com certa freqüência entre nós, sobretudo nos meios artístico e político. Os exemplos mais conhecidos são o da cantora Xuxa e o do político Lula.

Certamente já ouvimos estórias de pessoas que foram confundidas com marginais. É este um problema grave que pode ocorrer com determinadas pessoas, ou seja, ser confundidas com outras por terem os mesmos nomes. Trata-se da homonímia. Em se demonstrando este justo motivo para modificação do nome devido a ocorrência daquela, não há como se negar a admissibilidade da alteração do nome do indivíduo interessado. Por exemplo, pessoas que possuem nomes como Maria Aparecida da Silva, ou José da Silva, apresentam um relevante motivo à admissibilidade da modificação dos seus nomes, uma vez que são muito comuns no Brasil.

Outra Possibilidade de modificação do nome da pessoa natural é quando há permissão a que se incluam apelidos de família de ascendente ao seu nome original. Consoante já foi exposto, a pessoa tem direito, logo que nasce, ao patronímico dos seus ascendentes. Portanto pode solicitar o acréscimo de apelido de família que não conste, evidentemente, do seu nome original. Vale dizer que é esta uma das soluções mais utilizadas para a solução dos problemas relativos à homonímia, que já foi acima estudada.

É mister informar que se vem inclusive permitindo o acréscimo de patronímico que não tenha sido utilizado por uma ou mais gerações, ou ainda, a inclusão do apelido de madrastra ou de tutor⁹.

O parágrafo primeiro do artigo 57, da Lei dos Registros Públicos, apresenta uma outra Possibilidade de modificação do nome da pessoa. Trata-se da

⁷ In Diniz, Maria Helena. Ob. cit .. , pág. 102.

⁸ In Diniz. Maria Helena Ob. cit.. pág. 102.

⁹ In Fuhrer. Maximilianus Cláudio Américo. Ob. cit., pág 32.

averbação do nome abreviado da pessoa que exerce ou pretende exercer atividade mercantil, com o intuito de evitar embaraços quando se quiser fazer parte de firma comercial, ou exercitar suas atividades. O texto legal tanto se refere à atividade mercantil quanto a qualquer outra atividade profissional.

O mesmo artigo 57, agora em seus parágrafos segundo e seguintes, também disciplina a modificação do nome da pessoa que se relaciona em concubinato com outra. Permite-se que um companheiro adote o apelido do outro, desde que sejam observados alguns requisitos, quais sejam: anuência do outro; união por mais de cinco anos ou existência de filho; nenhum deles pode ser casado; e deve haver impossibilidade legal a que se casem. A Lei apresenta os procedimentos a serem atendidos e, mesmo se dirigindo apenas à mulher, deve ser interpretada para ambos os companheiros à luz do entendimento da Constituição da República, no inciso I do seu artigo 50, onde homens e mulheres têm os mesmos direitos e obrigações.

O casamento também é uma oportunidade para que as mulheres alterem seus nomes. Trata-se de uma faculdade que esta possui em acrescentar ou não os apelidos do marido com a celebração do matrimônio. Outrora era obrigada a inclui-los, porém com a publicação da Lei nº 6.515/77, que é a chamada Lei do Divórcio, passou a ser optativo tal acréscimo. Neste sentido, nova redação foi determinada ao parágrafo único do artigo 240, do Código Civil brasileiro, onde se lê que a mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido. Porém, deverá perdê-los com a anulação do casamento, com a separação judicial - se culpada -, ou com o divórcio, nos termos dos artigos 17 e 18 daquela Lei. Contudo, entende-se que há temperamentos ao rigor legal, ou seja, se a mulher provar que suportará graves prejuízos com a supressão dos apelidos do ex-marido. Por exemplo, se for ela uma artista, ou mesmo uma outra profissional que seja reconhecida ou identificada através daquele patronímico, poderá requerer ao juiz que lhe permita a utilização daqueles mesmo após a extinção da sociedade conjugal, uma vez que sobejamente prove a possibilidade da ocorrência de tais ou quais danos.

Um tema bastante controvertido que devemos analisar é a questão da modificação do nome da pessoa em decorrência do reconhecimento da paternidade. Muitos doutrinadores ainda trazem fortes cargas de preconceito quanto ao estudo da filiação. Portanto é válido, desde já, apresentarmos o entendimento constitucional acerca deste assunto. O parágrafo 6º do artigo 227, da Lei Maior, impõe a proibição de quaisquer designações discriminatórias com relação à filiação, posto que os filhos havidos ou não do casamento, ou os adotados, deverão ter os mesmos direitos e qualificações, isto é, são todos filhos e apenas isso. Logo não mais é admissível que os doutrinadores tragam, em suas obras, distinções quanto à filiação ou em razão da adoção. Assim, com os devidos temperamentos, entende-se, da lição de Serpa Lopes¹⁰, que o reconhecimento da paternidade pode ocorrer em duas ocasiões: no ato do registro do nascimento, instante em que se lhe serão acrescentados os apelidos do que o reconhecer; ou, em um momento posterior, quando poderá o interessado solicitar o acréscimo do nome daquele que provou ser seu genitor.

A adoção é um outro exemplo de possibilidade de modificação do nome da pessoa natural, neste sentido dispõe realmente a Lei nº 8.069/90, que é o festejado Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 47 caput e parágrafo 5º. Preceitua o texto legal que através de sentença judicial constitui-se a adoção, que será inscrita no

¹⁰ In Curso de Direito Civil: volume I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, págs. 288 e 289.

registro civil e conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, é admissível a modificação do prenome daquele.

Pode ainda o interessado requerer a tradução do seu nome para o vernáculo, fazendo prova de justo motivo para tal modificação, por exemplo se se trata de nome de difícil pronúncia ou compreensão. Tanto pode ser requerida tal modificação pelo estrangeiro como pelo brasileiro nato que possua nome estrangeiro¹¹. Quanto aos estrangeiros, tal disciplina legal é efetivada nos termos da Lei nº 6.815/80, competindo ao Ministro da Justiça autorizar esta alteração do nome. Permite-se ainda, pela referida Lei, a faculdade de traduzirem ou adaptarem os seus nomes à língua portuguesa, no ato da naturalização.

Outro tema bastante controvertido é o da mudança de sexo, prática que está cada vez mais se banalizando por todo o mundo. Neste instante, não são oportunas discussões quanto a moralidade ou não deste fato, ou quanto a permissibilidade legal ou não, destes procedimentos. O fato é que, provada a mudança de sexo através de perícia médico-legal, é admissível a adaptação do nome da pessoa à nova situação constatada. O direito pátrio não tutela a livre disponibilidade da mudança do sexo, no que andou bem, tanto é que muitos dos interessados recorrem aos profissionais europeus para efetuar as intervenções cirúrgicas necessárias ao alcance deste seu objetivo.

Por fim, em respeito a Orlando Gomes¹², devemos expor uma última hipótese de alteração do nome sustentada por ele. Trata-se da modificação necessária do nome do filho em função da mudança do nome do pai, pois defende este professor que a natureza do nome pede que coincida o da prole com o dos genitores.

Portanto, são estas as hipóteses reconhecidas pelo direito pátrio como as possíveis de modificar os nomes civis das pessoas naturais. Evidentemente, o Legislador não disciplinou cada uma delas minuciosamente, apenas sinalizou a admissibilidade legal em alguns casos. Chegamos a todas estas através do exercício de interpretação jurisprudencial e dos assentamentos doutrinários, que permitiram uma melhor, mais justa e mais ampla compreensão do tema.

8. DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO NOME

O nome das pessoas merece especial proteção pelo direito, que não permite a usurpação destes por outrem. Em se provando o prejuízo nesta hipótese, é admissível a reparação civil ou a incidência penal correspondentes.

Quanto aos direitos autorais, tal tutela é bem mais abrangente. Prescreve o artigo 25 e seu inciso I, da chamada Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 5.988/73) que é direito moral do autor o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo seu, na utilização da sua obra. Como exemplos mais conhecidos de portadores de pseudônimos, encontramos Voltaire e El Greco.

Embora tais designações não façam parte dos nomes registrados das pessoas, os pseudônimos utilizados de maneira constante e legítima integram-se, de tal forma às personalidades dos seus portadores no exercício de suas atividades - que são geralmente artísticas - que o direito não poderia esquecer-las.

¹¹ In Führer, Maximilianus Cláudio América. Ob. cit., pág. 32.

Porém, é importante dizer que não se deve interpretar com extrema rigorosidade tal proteção. Pois, é possível a utilização do nome, ou mesmo do pseudônimo, de outrem sem a intenção de lucro, como é o caso da citação de obra cultural ou científica. Tal citação enaltece o autor. E ainda mesmo se permite a crítica desfavorável da sua obra, desde que sem a intenção de achincalhamento do autor¹².

Por fim, vale mencionar o Direito Penal. O Código Penal brasileiro disciplina e penaliza quem usa indevidamente o nome comercial ou o título de estabelecimento alheio, nos termos do inciso VII, parágrafo primeiro, do seu artigo 196. E a Lei das contravenções Penais pune, em seu artigo 68, quem se recusa a fornecer dados pessoais de identificação, dentre os quais se incluem o nome, à autoridade que os solicite.

9. CONCLUSÃO

O Legislador foi rígido o suficiente para não permitir que por capricho ou má-fé as pessoas modificassem seus nomes constantemente. Ora, se isso fosse possível seria tão prejudicial à sociedade quanto se as pessoas não tivessem nome algum. Destas duas maneiras haveria o caos. Pois o indivíduo poderia querer hoje se chamar Pedro, amanhã João, e depois Francisco. Enfrentaríamos graves dificuldades para identificar quem nos devia, ou por qual designação devíamos nos referir à determinada pessoa. Também foi o aquele bastante flexível ao permitir algumas modificações, de forma que a pessoa não fosse obrigada a suportar um nome que lhe seja um verdadeiro peso, causando-lhe constrangimentos, confusões ou desconforto.

Por sua vez, a doutrina e a jurisprudência trataram de interpretar as disposições legais, enriquecendo-as e, posteriormente, adaptando-as às realidades não observadas pelo Legislador. Desta maneira satisfazendo às necessidades mais gritantes da sociedade quanto aos ajustes dos nomes dos seus componentes.

Alguns dos nossos doutrinadores não se aprofundaram tanto em seu estudo, talvez porque não quisessem se alongar. Todavia, acreditamos sim, que pelo fato deste assunto ensejar alguns temas polêmicos, como mudança de sexo, relações concubinárias, reconhecimento de paternidade, ou outros elementos essencialmente valorativos e pessoais. Temas estes que suscitam juízos de valor a ser Possivelmente extemados.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 10 vol., 70 ed., São Paulo: Saraiva, 1989.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. Resumo de Direito Civil: 140 edição, Malheiros, 1996.

¹² In Introdução ao Direito Civil: 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966, pág. 139.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil: 80 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil: volume I, 70 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Parte Geral, 31° ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume I, 13⁸ edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: v.1, 25° ed., São Paulo: Saraiva, 1995. WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro: vol. 1, 78 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS INFRINGENTES

Francisco Glauber Pessoa Alves
Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da UFRN

SUMÁRIO: I. INTRÓITO - II. DAS PRIMEIRAS REFERÊNCIAS HISTÓRICAS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM NOSSO CONTEJ..TO NORMATIVO - III. DA SISTEMATIZAÇÃO NO CPC VIGENTE - IV. DA NA TU REZA JURÍDICA V HIPÓTESES DE INTERPOSIÇÃO E SEUS EFEITOS - VI. OUTRA FUNÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VII. DA PROBLEMÁTICA DA INFRINGÊNCIA E EMBARGOS MERAMENTE PROTETÓRIOS (COMO REPRIMILOS) - VIII. DO ESGOTAMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL - VIII.2. RETRATAÇÃO OU NÃO DO JULGADOR: POSSIBILIDADE OU NÃO DE FAZÊ-LA - VIII.3. PODE O JUÍZO "A QUO" SINGULAR SUBSUMIR-SE NA COMPETENCIA DEVOLUTIVA DO ÓRGÃO FRACIONARIO "AD QUEM" E COMO INTERPRETAR ISSO À LUZ DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO VIII. DAS HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO ALBERGADAS PELA JURISPRUDÊNCIA - IX CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I - INTRÓITO

De longa data vem a discussão jurídica sobre, a par da natureza jurídica dos embargos de declaração, a possibilidade de atribuir efeitos infringentes a dito instrumento jurídico.

Em verdade a doutrina, e mesmo alguns posicionamentos pretorianos respeitáveis, vêm titubeando na afirmativa desse caráter substitutivo, com o fito, acredita este humilde escriba, de evitar-se a enxurrada de embargos declaratórios com efeitos infringentes que poderia acontecer, transformado que estaria em um recurso anômalo, a *contrarii sensu* das normas insculpidas nos arts. 463 c/c 535, do Diploma Regimental Civil.

Esse estudo tem o escopo de ser mais um subsídio, com as limitações óbvias de espaço, para o desanuviamento do assunto, Com a consciência da complexidade do tema.

A primeira parte do trabalho diz respeito a alguns breves comentários sobre a teoria geral dos recursos, estudando-se após, à luz daquela, os embargos declaratórios.

O restante do estudo aprofundar-se-á na análise dos efeitos infringentes e seus possíveis óbices, trazendo ao cotejo alguns exemplos práticos.

Fez-se questão de frisar todas as fontes _ por respeito aos eminentes autores - dos pensamentos embaixadores das idéias que adiante serão descritas, sob a forma de notas _ que serviram ainda para alguns apontamentos -, esperando que não fique prejudicada a leitura, bem assim a concisão do trabalho.

II - DAS PRIMEIRAS REFERÊNCIAS HISTÓRICAS DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM NOSSO CONTEXTO NORMATIVO

Remontam às mais antigas raízes do direito codificado Luso - brasileiro o instituto em comento, tendo sido previsto nas Ordenações Afonsinas (Livro III, tít. LXIX, § 4º, e til. LXI, § 40), Manuelinas (Livro III, tít. L, § 5º, e til. LXI, § 4º) e Filipinas (Livro III, til. LXVI, § 60). Presente esteve ainda no vetusto Regulamento 737, datado de 1850 (nos arts. 641-643), e na Consolidação Ribas (arts. 1.500 e ss) nos Códigos Estaduais de Processo (Bahia, art. 1.239; Distrito Federal, art. 1.179; Minas Gerais, art. 1.439; Rio de Janeiro, art. 2.333; Pernambuco, art. 1.434) e no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 840 e 862), bem como sob formas e Procedimentos outros, nas legislações de povos diversos¹².

III – DA SISTEMATIZAÇÃO NO CPC VIGENTE

Conquanto seja previsto hoje somente nos arts. 535 a 538, no Capítulo V, Título X, do Livro I, do *Codex* Processual Civil, não foi sempre assim, pois que antes da reforma vinda à lume com a Lei 8.950, de 13.12.94, estava presente no Capítulo VIII, que trata da Sentença e Da Coisa Julgada, inclusive com prazo diferenciado (48h) do previsto no Título dos Recursos (5 dias), o que era sempre alvo de críticas³.

A reforma trouxe, além da unificação do prazo (cinco dias) no juízo singular ou colegiado, a interrupção do prazo para interposição de outros recursos concedida agora a ambas as partes⁴, a exclusão da hipótese de dúvida como fundamento de sua interposição e o agravamento da sanção para o caso do embargante de má-fé, visando o mero protelamento do feito.

De *prima facie*, denota-se a disposição velada do legislador em incluir os embargos declaratórios como recurso⁵ - ou um seu assemelhado anômalo -, assim disposto para melhor organicidade do Estatuto de Ritos.

¹ Cf. E. D. Moniz de Aragão, Embargos de Declaração, RT 633/11-23, extralido de José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, 51 ed., v. V/537, Rio, col. Forense, 1985, V/537, ou Sérgio Bermudes, Comentários ao Código de Processo Civil, v. VI//207, S30 Paulo, col. da Ed. RT, 1975.

² Cf. ainda Sérgio Sahione Fadel, Código de Processo Civil Comentado, Tomo III, 1974, pág. 171.

³ Sônia M. Almeida Batista, Embargos de Declaração - Inovações da Reforma, RP 80/27

⁴ A lei anterior nº30 era clara, o que *gerava* controvérsias jurisprudenciais.

⁵ Pela sua disposição expressa no art. 536, IV, e pela unificação no Título dos Recursos (pela Lei 8.950/94).

IV - DA NATUREZA JURÍDICA

Questão principal do nosso estudo é a definição do enquadramento jurídico dos embargos declaratórios.

A doutrina não é unânime e parte dela⁶ rejeita a natureza de recurso, na sua forma mais pura, a ser inflingida ao dito instituto.

Antes de mais nada, impende trazer à tona, a fim de uma melhor análise científica do tema, o conceito e os pressupostos necessários aos recursos - para esclarecer o juízo de admissibilidade recursal e sua aplicabilidade aos embargos declaratórios.

Para Nelson Nery Júnior, "*O recurso é medida destinada a provocar, na mesma relação jurídica processual, o reexame ou integração da decisão impugnada*"⁷.

O Mestre Ovídio Batista, sempre mencionado, o entende como "*o procedimento através do qual a parte, ou quem esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição Superior*"⁸.

Humberto Theodoro Júnior, citando o mesmo Amaral Santos, leciona recurso como sendo "*o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação*"⁹.

Por outro lado, para que haja o provimento jurisdicional, necessário se faz, antes de adentrar-se no mérito do recurso (ou seja, na análise do seu teor jurídico e da pertinência dos seus fundamentos - e isso se chama juízo de mérito), proceder ao juízo de admissibilidade, que não é outra coisa senão a verificação a ser feita para confirmar se o recurso reveste-se dos requisitos mínimos necessários para a análise posterior de seu inteiro teor jurídico - o juízo de mérito de que se falou.

Nery Junior, em seu prestigiado magistério¹⁰, os subdivide em pressupostos intrínsecos e extrínsecos.

Os primeiros são o cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse para recorrer.

O mencionado autor compara, ainda, esses ditos pressupostos às condições da ação, justificando tal raciocínio no de que o recurso é manifestação do

⁶ Moniz de Aragão, ob. mencionada; Sergio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, p. 101.

⁷ Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil, RP 51/155.

⁸ Curso de Processo Civil, Processo de *Conhecimento*, Vol. I, 3. ed., Sergio Antonio Fabris Editor, p 345.

⁹ Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de *Conhecimento*, Vol. I, 12 ed, Editora Forense, p. 541

¹⁰ Ob. citada.

direito de ação.

Assim, o cabimento¹¹ corresponderia à possibilidade jurídica do pedido; a legitimidade para recorrer¹² seria equivalente à *legitimatío ad causam*; e o interesse em recorrer¹³ corresponderia o interesse processual.

Já os pressupostos extrínsecos seriam extemos à decisão que se pretende impugnar, sendo eles: a tempestividade¹⁴, a regularidade formal¹⁵, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer¹⁶ e o preparo¹⁷.

Ovídio Batista¹⁸ - lastreado nos ensinamentos de Barbosa Moreira - classifica de maneira semelhante à Nery Júnior, excetuando-se a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, o qual entende ser um pressuposto intrínseco.

O insigne Humberto Theodoro¹⁹ classifica diferentemente os pressupostos. Para ele existiriam os objetivos - as pessoas legitimadas a recorrer - e os objetivos - recorribilidade da decisão, tempestividade do recurso, singularidade do recurso²⁰, adequação do recurso, preparo, motivação e forma.

Excogitando-se dos conceitos de recurso - *lato sensu* - dados, verifica-se que os embargos de declaração, enquanto método de complementação do *decisum* não se aperfeiçoam no conceito de recurso - partindo-se da premissa que só é recurso quando se tem a capacidade de modificar o mérito, podendo substituí-lo.

Ainda, do que foi visto, reputa-se apto ao juízo de admissibilidade dos embargos declaratórios a exigência de quase todos os pressupostos reclamados pelo juízo de admissibilidade dos recursos a quem neologicisticamente chamaremos de "puros".

Dessarte, só não seria possível a exigência no que toca à regularidade

¹¹ Este se desdobraria ainda *em* recorribilidade (do *decisum*) e adequação (ser o recurso idôneo para atacar a decisão).

¹² Está prevista especificamente em lei (art. 499 do CPC), sendo as partes, o Ministério Público – como parte ou como *custus legis* – e o terceiro prejudicado – demonstrando o seu interesse jurídico na causa, ou sejam o liame existente entre a decisão e o prejuízo que ela lhe teria causado.

¹³ Caracterizado pelo binômio necessidade – de o recurso ser p único meio de se obter o bem jurídico almejado – e utilidade – a sucumbência da parte recorrente -. Este último aspecto entendemos intimamente ligado ao conceito da possibilidade jurídica, *lato sensu*.

¹⁴ O recurso deve ser interposto dentro dos prazos legais, sendo estes *peremptórios*.

¹⁵ Ou seja, a forma como o recurso deve ser interposto – o que muitas vezes é definido em lei (ex. arts. 514, 524, 525, dentre outros, todos do CPC).

¹⁶ Dizendo respeito à preclusão lógica, perfazendo-se pela desistência do recurso interposto ou *acquiescência* (tácita ou expressa) à decisão.

¹⁷ Este ensejador da deserção, caso não devidamente pago. Interessante observar, no caso concreto, o Regimento interno de cada órgão, referentemente a exigibilidade ou não do preparo. É que, à guisa de esclarecimento, existem Pretórios que o dispensam (conforme ocorre, por exemplo, com o Agravo de Instrumento, no Tribunal Regional Federal da 5ª região).

¹⁸ Ob. Mencionada, p. 352.

¹⁹ Ob. Já falada, pp. 549-550.

²⁰ Este último expressão do princípio da singularidade dos recursos, segundo o qual de qualquer decisão recorrível cada apenas um recurso. Ver a esse respeito Rui Portanova, in *princípios do Processo Civil*, Livraria do Advogado Editora, p. 271.

formal²¹ e ao preparo²².

Outro argumento utilizado, pela respeitável doutrina de Cândido Rangel Dinamarca, é o fato de que estando o instituto previsto dentro do título destinado aos recursos, assim o legislador o teria definido: "*Parece que o legislador conheceu dos embargos do *finis processualista*²³, tanto que os recebeu para declarar que, na sua opinião, os embargos são recurso*"²⁴;

Posto que legalmente esteja previsto como tal (art. 496, IV, do *Codex Processua!*), a rigor²⁵ os embargos declaratórios não seriam recurso, pois, como dito antes, não estariam aparelhados por lei a provocar o reexame da decisão pela autoridade judiciária.

Mas o problema não é tão simplório assim e a tendência vem sendo, não sem obstáculos, de aceitar-se os embargos como verdadeiros recursos, tanto mais pela sua disposição no CPC²⁶.

José Frederico Marques, dissertando sobre os embargos declaratórios, diz: "*Recurso exclusivamente de retratação, os embargos de declaração permitem o reexame do acórdão embargado pelos juizes de que emanou*"²⁷. Mais adiante remata: "*Trata-se de um procedimento recursal, porque existe, nos embargos de declaração, pedido de reparação do gravame' resultante de obscuridade, dúvida*²⁸ *ou contradição, bem como de omissão*"²⁹.

Dissertando sobre o assunto, Ovídio Batista entende embargos de declaração como "*o instrumento de que a parte se vale para pedir ao magistrado prolator de uma dada sentença, que a esclareça, em seus pontos obscuros, ou a complete quando omissa, ou finalmente que lhe repare ou elimine eventuais contradições que ela porventura contenha*"³⁰.

²¹ Diz-se isso porquanto a interposição dos embargos declaratórios seja tão desprovida de exigências - é feito por meio de uma simples petição - que entendemos inexistente na espécie um maior rigor no aspecto formal do seu processamento, conquanto seja expressamente - e logicamente - necessário a indicação, no corpo da petição, da obscuridade, contradição ou omissão, sob pena de seu não conhecimento, até mesmo em obediência ao principio da dialeticidade dos recursos (cf. Rui Portanova, ob. citada, pp. 275-2n).

²² Ao que a lei dispensa expressamente (art. 536, CPC).

²³ Em referência a Sergio Bermudes - in Comentários ao Código de Processo Civil, VII, n. 19B, esp. p. 210 - que entende ser uma "*...Pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código..*"

²⁴ A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, p. 203.

²⁵ Isto é, partindo-se sempre da premissa de que só é recurso quando pode-se, a partir de sua interposição, alterar o mérito do julgado - e não apenas esclarecê-lo.

²⁶ Nesse sentido, expressamente, Dinamarco, como visto; Nelson Nery Junior, em sua obra Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil, RP 79/129, e ainda em seu Código de Processo Civil Comentado, p. 965; Humberto Theodoro Júnior, ob. citada, p. 577; Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, Princípios Fundamentais dos Embargos de Declaração, in Revista de Processo 77(1; Carreira Alvim, Ação Monitoria e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Dei Rey, p.235

²⁷ Manual de Direito Processual Civil, Vol. III - Processo de Conhecimento, 2ª parte, Saraiva, 2ª ed, p. 161.

²⁸ Hipótese atualmente excluída do ordenamento jurídico, como se explicitará mais à frente

²⁹ Ob. e p. citadas

³⁰ Ob. mencionada, p. 380.

Para Vicente Greco Filho, amparado em Moacyr Amaral Santos, são os embargos declaratórios um "*recurso interposto perante o mesmo juízo em que proferiu a decisão recorrida, visando à sua declaração ou reforma*"³¹.

Humberto Theodoro, de maneira análoga a Vicente Greco (já a vendo como recurso), entende-os como "*recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que esclareça dúvida*"³², *afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado*"³³.

Denota-se, portanto, que quando da nova análise do julgado exsurge uma transformação - e não complementação ou integração - do mesmo, efetivam-se os embargos declaratórios como recurso, não mais apenas no sentido legal - como já visto -, mas também no sentido jurídico (presente que estaria a premissa³⁴ de que já falamos).

Para pôr termo a esse tópico, conceituaremos embargos de declaração como o instrumento jurídico, forma recursal não "pura", destinado a esclarecer obscuridades, a eliminar contradições ou a suprir omissões, das sentenças, decisões e, eventualmente, despachos, que a despeito da não previsão legal, reveste-se em casos excepcionais de efeitos infringentes, quando então passa a ser, de fato e de direito, recurso.

V - HIPÓTESES DE INTERPOSIÇÃO E SEUS EFEITOS

Prevê o Código, no art. 535, a possibilidade da parte embargar de declaração (I) quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; ou ainda (II), quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

A citada Lei 8.950/94, expurgou, como já dito, a hipótese de interposição dos embargos em caso de dúvida³⁵, cujo conceito era sempre questionado³⁶ e acabava gerando outra dúvida³⁷.

O cabimento à sentença, e não só ao acórdão, dentro do próprio Capítulo V do Título X, foi inserido também pela lei *retro* mencionada, uniformizando o tratamento e o prazo, consoante já dito³⁸.

³¹ Apud Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, ob já referida.

³² Vide nota 28.

³³ Ob. citada, p. 577.

³⁴ Vide nota 25.

³⁵ Para contento de alguns respeitáveis doutrinadores, cf. Antonio de Pádua Ferraz (ob. citada): Rogério Lauria Tucci, Curso de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, 3/390; Seabra Fagundes, Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil, p. 150; Marcos Afonso Borges, Comentários ao Código de Processo Civil, 2/264.

³⁶ Muitos a compreendiam como já inserida nos conceitos de contradição e Obscuridade, como a Professora Sonia Marcia Hase de Almeida Baptista, em sua obra dos Embargos de Declaração, Ed. RT, 2ª ed., 1993, pp. 115 e 116.

³⁷ Como para Dinamarco, ob. citada, p. 204, para quem "a dúvida é um estado Subjetivo, de difícil verificação ou comprovação e duvidosa relevância jurídica".

³⁸ Vide Tópico III.

Construíram a doutrina³⁹ e a jurisprudência⁴⁰ a possibilidade de interposição quanto às decisões interlocutórias⁴¹ e até quanto aos meros despachos⁴², o que não é mais do que lógico, uma vez que estes dois últimos provimentos judiciais, a par das sentenças, podem conter falhas, devendo então serem reparadas mediante o instituto em comento⁴³.

Obscuridade é tudo aquilo capaz de dificultar a compreensão do julgamento. Pode cingir-se a todo o *decisum* ou a somente um de seus pontos.

Não há dúvidas de que a obscuridade pode situar-se tanto na fundamentação do acórdão quanto na parte decisória, uma vez que aquela é quem, muitas vezes, leva à falta de clareza da decisão.

Contradição é "quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis"⁴⁴.

É um vício da sentença bem mais sério do que a obscuridade, defendendo-se e recomendando-se ao julgador que a interprete com olhos vivos, equiparando-se-lhe ainda incoerências e incongruências⁴⁵.

Já a omissão ocorre quando o juiz ou tribunal deixa de apreciar ponto sobre o qual deveria pronunciar-se, explicitando-se nas questões não dirimidas, suscitadas pela parte ou apreciáveis *ex-offício*⁴⁶.

Revestem-se os embargos, hoje, de efeito apenas interruptivo⁴⁷, expressamente previsto em lei (art. 538, *caput*, do CPC). Tal efeito é aplicado em relação a todas as partes do processo, e não apenas ao embargante (ainda no mesmo artigo supra mencionado). Acabaram-se assim as dúvidas de interpretação relativamente ao efeito suspensivo, no que concerne à contagem dos prazos para as partes -

³⁹ Ovídio Batista, ob. citada, p 381; Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, em Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais, p. 965; Sergio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, p. 101; Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, ob. citada.

⁴⁰ RT 561/137, JT A 66/178, 114/55, 121/59 (Apud Theotônio Negrão, em seu Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 27 ed., art. 535, nota 11e, p. 412); ainda JTA 68/142,68/274,74/84 e 121/59 (Apud Nelson Nery Junior, in Comentários ao Código de Processo Civil, citada anteriormente, p. 967).

⁴¹ Moniz de Aragão, ob. citada, nega a possibilidade de interposição quanto às interlocutórias e aos despachos, dizendo ainda ser impossível qualquer concessão. Para ele, o instrumento adequado seria o "pedido de esclarecimentos". Pennissa *venia*, entende-se hoje tal raciocínio, no tocante às interlocutórias, como superado. Acreditamos não ter, como de fato não tem, o "pedido de esclarecimentos" o alcance que os embargos declaratórios podem vir a ter (a modificação da decisão).

⁴² Conforme o mesmo Sergio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, p. citada.

⁴³ O que não afasta a figura do "pedido de esclarecimentos", mas apenas garante a faculdade dada à parte para evitar a preclusão temporal em caso de o julgador não acolher os ditos esclarecimentos (Cf. Ovídio Batista, ob. citada, p. 381).

⁴⁴ Cf. Pádua Nogueira, espelhando-se em José Carlos Barbosa Moreira - ob. citada, p. 8.

⁴⁵ Cf. Moniz de Aragão, ob citada, p. 16

⁴⁶ Vide a respeito o Tópico VI.

⁴⁷ Não tem efeito devolutivo, pois não devolve o conhecimento da matéria a um órgão de jurisdição ad quem.

diferenciada ou não.

VI - OUTRA FUNÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Não há que se olvidar que outra função dos embargos, decorrente do inciso 11 do art. 535, bem como da necessidade do afunilamento dos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, seja a de prequestionamento.

Com efeito, a teor das Súmulas 282⁴⁸ e 356⁴⁹, do STF⁵⁰, necessário se faz o prequestionamento - que é a provocação do órgão jurisdicional para que se pronuncie sobre dado assunto -, para interposição de recursos especiais e extraordinários, ventilando-se a *quaestio iuris* federal ou constitucional suscitada, sob pena de seu não conhecimento por aqueles Excelso Pretórios.

VII - DA PROBLEMÁTICA DA INFRINGÊNCIA E EMBARGOS MERAMENTE PROTETÓRIOS (COMO REPRIMILOS)

VII.1. - DO ESGOTAMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A primeira dificuldade a ser explanada por conta do presente tópico advém da norma inserta no art. 463, v.g.:

"Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração".

Com efeitos, parecem despiciendo maiores comentários sobre a plausibilidade de o juiz ou tribunal (a disposição *retro* mencionada deve ser entendida extensivamente) voltar a rever (ainda que para corrigir) um seu julgado.

⁴⁸ "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

⁴⁹ "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

⁵⁰ Aplicáveis, subsidiariamente e com menor rigor, no Superior Tribunal de Justiça.

Por ser assim, pode o magistrado ou órgão fracionário voltar a atuar no feito na hipótese do inciso I e nas do inciso II.

Afunda, portanto, qualquer entendimento no sentido de obstaculizar, com fulcro no caput do artigo ora em estudo, a infringência nos embargos declaratórios, porquanto que, em sede de interpretação, aconselha-se prevalecer a cabeça da norma em detrimento dos incisos, e aquela própria abre, em sua segunda parte, as exceções para a sistematização do que se defende aqui.

Cabe definir, sim, a extensão das hipóteses em que os embargos declaratórios podem incidir, bem como dos seus efeitos em relação à decisão impugnada.

VII.2. - RETRATAÇÃO DO JULGADOR: POSSIBILIDADE OU NÃO DE FAZÊ-LA

Decorrente da possibilidade anterior é a abertura para que o magistrado, verificando que não mais subsistem as razões de seu convencimento - examinadas as alegações feitas pela parte em embargos de declaração e desde que suficientemente ciente disso -, prolate nova decisão, mais condizente com o direito.

Sabe-se que dentro do próprio Código de Processo Civil é dado ao magistrado retratar-se de sua decisão (vide hipótese no agravo de instrumento, arts. 523, § 2º, e 529 - que no caso é interlocutória, portanto não terminativa do feito), bem como nas hipóteses de relação jurídica continuada, em havendo modificações no estado de fato ou de direito ou em outros casos previstos na legislação (conforme art. 471, I e li, do mesmo diploma legal), o qual o exemplo mais clássico é o da sentença proferida em ação de alimentos.

Aqui certamente entra o argumento dos que defendem, de maneira arguta, o princípio da segurança das relações jurídicas.

É bem verdade que no país onde prepondera a litigância como regra, e não como exceção, pensa-se de logo, caso tenhamos os embargos declaratórios literalmente como recurso, na enxurrada destes para impugnar decisões: 1.º) por que o mesmo pode, teoricamente falando, ser interposto, não infinitamente, mas várias vezes; 2.º) que dado o seu efeito interruptivo, prolongaria-se demais a análise da decisão pelo órgão *ad quem*.

De maneira inversa, entendemos que a própria lei e a doutrina mais autorizada já prevêem as soluções.

Para o primeiro óbice, a própria *lex* (art. 538, do Diploma Processual Civil) autoriza ao julgador, verificando serem os embargos protelatórios, a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa. Em caso de reiteração a multa é elevada a 10%, condicionando-se a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Ora, se se passa a entender os embargos declaratórios como recurso de

*lege lata*⁵¹ o raciocínio é esse _ logicamente a comprovação do depósito será também necessária até mesmo no caso de interposição de novos embargos. Acreditamos, assim, que nem todo litigante vai querer embargar inadvertidamente, a menos que o valor da causa seja ínfimo.

Aqui abrem-se outras vertentes: se o valor da causa é ínfimo o que se faz?

Sabemos que há o instrumento jurídico previsto para resolução de tal problema, que é a impugnação ao valor da causa⁵², devendo serem as partes zelosas para com esse aspecto.

Outrossim, em caso de inflação galopante conquanto estejamos com a mesma controlada, essa realidade era até bem pouco tempo presente, o que nos faz sempre repensá-la - como seria a atualização desse valor da causa?

Não vemos outra alternativa senão que a contadoria judicial proceda a essa atualização, a evitar-se maiores incidentes práticos.

Cabem ainda as sanções previstas para a litigância de má-fé (*contemp of court*), previstas nos arts. 16 a 18 do CPC, devendo o magistrado aplicá-las, quando tiver certo da ausência de boas intenções da parte, com todo o vigor da lei.

Outra opção - talvez a que nos pareça mais adequada - para a prevenção da interposição desregrada de embargos declaratórios, visando a postergação do feito, aponta-nos o Mestre Cândido Rangel Dinamarco, para quem *MA modificação do julgado, em casos assim, é absolutamente ilegítima quando feita sem a parte embargada em contraditório. Ainda que nada disponha a lei a respeito, a observância do contraditório nesses casos é de rigor constitucional e viola a garantia do contraditório do julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado*⁵³. (grifado)

Vemos assim, acompanhando o raciocínio do mencionado autor, como perfeitamente possível a ouvida da parte contrária, quando sinta o julgador que a decisão merece ser reformada essa possibilidade, por meio de embargos declaratórios é a exceção, como salientaremos adiante.

Em sendo assim, já seria outro fundamento para o não conhecimento de embargos manifestamente protelatórios.

Conseqüência do antes exposto seria a solução, também, do problema do efeito interruptivo (o 2º apresentado), causando o adiamento anormal da interposição do recurso comumente admitido (apelação, recurso especial, entre outros). Os causídicos das partes sucumbentes, por prudência, não os interporiam desmedidamente, sob pena de seu não conhecimento e subsequente não interrupção do prazo para novos recursos.

VII.3. - PODE O JUÍZO A *QUO* SINGULAR SUBSUMIR-SE NA COMPETÊNCIA DEVOLUTIVA DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO *AD QUEM* E COMO INTERPRETAR ISSO À LUZ DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE

⁵¹ Art. 496, IV, do CPC.

⁵² A ser processada no prazo da defesa e na forma do art. 261, do Regimento Processual. .

⁵³ Ob. citada, p. 206

JURISDIÇÃO

Outro problema que vem à tona é saber se o juiz ou tribunal, ao aceitar o efeito transformador dos embargos declaratórios - em sede de sentenças⁵⁴ terminativas, com ou sem mérito -, não estaria retardando a possível devolução do julgamento ao órgão *ad quem*.

Data vênia, entendemos que a negativa se impõe. Em verdade, ao aceitar-se tais efeitos aos embargos declaratórios, está o próprio magistrado (dentro sempre de seu prudente arbítrio) reconhecendo o erro (crasso) que cometeu. Seria justo e necessário, ter a parte que submeter-se obrigatoriamente ao recurso para o órgão superior, para que visse a manifesta ilegalidade remediada?

Temos conhecimentos de que modernamente vem o direito processual se constituindo mais do que nunca, a par de sua autonomia como ciência jurídica, em um instrumento para consecução dos direitos ofendidos das partes, e mais contemporaneamente, para a composição amigável dos litígios.

Expoente dessa nova tendência processual, Cândido Rangel Dinamarco, com proficuidade, resume: "*As ondas renovatórias caracterizadoras das novas tendências do direito processual só se mostram concretas e úteis na medida em que os ideais de ampliação da tutela jurisdicional se traduzam em técnicas capazes de melhorar os resultados apresentados aos consumidores do serviço, que são os membros da população*"⁵⁵.

Assim, é cediço que, por exemplo, uma apelação (e a hipótese vale para quase todos os outros recursos, com algumas mudanças) leva, para ser processada e julgada, um lapso temporal por demais longo. Quanto de tempo e custos a parte e o Judiciário poderiam ver poupados, a adotar-se uma interpretação mais aberta, finalística do objetivo do processo, para os embargos declaratórios?

Sim, diga-se isso, pois embora "impróprio"⁵⁶ o prazo de 5 (cinco) dias do art. 537, 1- parte, para que o juiz ou órgão colegiado decida os embargos, ainda assim é um prazo bem menor do que o de uma apelação, ou mesmo um agravo - hoje

⁵⁴ Nas interlocutórias há de se analisar, caso a caso, a real necessidade da interposição dos embargos com efeitos infringentes, uma vez que ao agravo de instrumento pode ser conferido o efeito suspensivo, em liminar, bem como vêm entendendo pioneiramente alguns pretórios, a possibilidade da concessão, in li mine, do pedido denegado (hipótese de solução para os casos de decisões interlocutórias denegatórias, que não foram previstas pelo art. 527, 11 do CPC), cientes que estão estes colegiados do moderno espírito de celeridade e não prejuízo às partes de que veio encoberta a reforma (o Tribunal Regional Federal da 5ª Região é um honroso exemplo, conforme asseverou o eminente Professor e Juiz Federal potiguar, Francisco Barros Dias, em Curso ministrado no Auditório da Justiça Federal, de 07 a 11 de outubro de 1996). Outrossim, em pronunciamentos bastante recentes, vêm alguns Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte também adotando esse entendimento, na vanguarda do moderno direito processual, amparado na doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in ob. já citada.

⁵⁵ A Instrumentalidade das Formas, 3ª ed., Malheiros, p. 227

⁵⁶ São aqueles prazos em que a desobediência não leva a nada, pois a lei não prevê uma sanção.

com efeito suspensivo possível.

Nos tribunais, a apresentação deles será sempre na sessão subsequente (CF 2- parte do artigo mencionado), ainda que saibamos que, na maioria das vezes tal não acontecerá. Mas o que se quer ressaltar é a idéia de agilidade com que este instrumento jurídico *sui generis* de impugnação das decisões pode revestir-se.

Nem se diga também que esse raciocínio é um óbice ao princípio do duplo grau de jurisdição (para Rui Portanova, em trabalho que merece louvores, melhor seria dizê-lo duplo grau mínimo, pois no direito pátrio há uma infundável possibilidade de recursos⁵⁷) - aqui entendido como acesso aos diferentes graus de jurisdição -, uma vez que será mantida a possibilidade de acesso ao juízo imediatamente superior (pelos recursos de praxe).

Suponhamos que a parte entre com os embargos declaratórios aspirando que lhe sejam conferidos efeitos infringentes (de maneira direta⁵⁸ ou reflexão⁵⁹, o juiz retrata-se da decisão (entendemos necessário, como já dito, a ouvida da parte contrária, em obséquio ao contraditório). É dado a parte, antes beneficiada e agora prejudicada com o provimento jurisdicional, interpor novos embargos de declaração infringentes em seus efeitos (esclareça-se, contudo, que essa oportunidade só deve ser concedida uma única vez a cada uma das partes, e em hipóteses excepcionais).

Essa nova interposição tanto pode ter a pretensão honesta de mais uma vez mudar a decisão (hipótese que quer parecer-nos pouco provável), ou de apenas protelar o andamento do feito, ou ainda, de realmente visar esclarecer o julgado, nas hipóteses do art. 535 - não devendo serem, logicamente, admitidos.

Ora, não há problema. No primeiro caso, o juiz se pronunciará (se já não o fez), no prazo de lei, que é bastante exíguo, confirmando ou mudando (essa hipótese queremos deixar para o abstrato por que não poderia o Juiz estar sempre se retratando, o que só seria aceitável uma única vez) a sua decisão, daí por diante entendendo protelatórios - o que evitaria a utilização leviana do instituto - quaisquer novos embargos com esse escopo (sujeitas tais interposições à regra do art.538).

Já no caso da interposição de embargos pela parte outrora beneficiada unicamente e para protelar o feito, caberá ao adequado preparo intelectual do magistrado repelir a situação, como visto no subtópico anterior.

Aí entra o prudente arbítrio do juiz, pois se modificou - essa é sempre a exceção, repita-se - a sentença, o fez estribado em razões bastante fortes⁶⁰, não seria consoante com o sistema processual vigente⁶¹ a sua retratação indefinida.

⁵⁷ Cf. ob. citada, p. 265.

⁵⁸ Entendemos de forma direta, quando a intenção da parte for manifestamente de atacar o mérito, objetivando expressamente a reforma da decisão.

⁵⁹ A maneira reflexa, como a vemos, dá-se quando a parte tenta intenta com os embargos realmente visando afastar obscuridade, eliminar contradição ou suprir omissão, da forma como permite o art. 535, do CPC, só que esses vícios estão tão arraigados e maculam tanto a decisão que o acolhimento dos embargos transmuda totalmente seu teor.

⁶⁰ Fundadas no prejuízo manifesto que a(s) parte(s) poderiam ter com a decisão originária.

⁶¹ Se bem que, a título meramente exemplificativo, ao recurso de agravo é dada essa possibilidade, em que o juiz pode retratar-se de sua decisão (tanto na hipótese do retido como no de instrumento), podendo fazê-lo uma única vez quando do andamento do recurso. Caso a parte

Cabe ainda, mais uma vez, deles não conhecê-los o julgador, quando forem - manifestamente e fora de qualquer dúvida protelatórios, considerando-se não interrompido o prazo para outros recursos⁶².

É sempre bom frisar que esse efeito infringente não pode ser entendido como regra, mas a exceção. O que se pretende é que o julgador conheça desses embargos de declaração "excepcionais" com o espírito aberto⁶³, expurgando-se dogmas e maniqueísmos quanto ao ultrapassado efeito complementar e integrador dos embargos, entendendo-os sim, como meio idôneo para reforma das decisões, em alguns casos especiais, em que o *error in judicando* ou o *error in procedendo* forem gritantes.

Acreditamos que essa é uma idéia a ser realmente pensada, com muita parcimônia.

VIII - DAS HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO ALBERGADAS PELA JURISPRUDÊNCIA

Têm-se entendido como possível a interposição de embargos com efeitos infringentes nas seguintes hipóteses⁶⁴: 10) erro manifesto de julgamento⁶⁵; 20) quando "*houver erro material no exame dos autos*"⁶⁶; 30) erro evidente quanto à tempestividade do recurso não conhecido⁶⁷, à intempestividade de recurso conhecido⁶⁸, à qualificação jurídica do fato⁶⁹, a formalidade essencial não observada nos autos⁷⁰, a fato relevante com repercussão sobre a conclusão do julgado⁷¹ a recurso conhecido por equívoco

contrária sinta-se prejudicada, terá de interpor outro recurso se quiser atacar a decisão já retratada. Vide, a respeito, os arts. 523, § 2º e 529, todos do Código de Processo Civil.

⁶² Há entendimentos, *mutatis mutandis* (pois datam de antes da lei 8.950/94), nesse sentido não interrupção do prazo -, quando os embargos são intempestivos ou incabíveis, ou, ainda, interpostos contra decisão que em termos claros rejeitou outros embargos de declaração, cf. RT J 150/327 e JTA 118/394, colhido por Theotônio Negrão, ob. citada, art. 538, notas 2 e 4, p. 416. (A jurisprudência é anterior à reforma da lei).

⁶³ Assim já o disse o Indigitado Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 111.787, in RTJ 138/249.

⁶⁴ Cf. o prestigiado Theotônio Negrão, ob. citada, nota 1 Ob ao art. 535, pp. 410-411.

⁶⁵ RSTJ 39/289

⁶⁶ STJ/RJ185/54.

⁶⁷ 5T J_3ª Turma, REsp. 3.994-MS, rei. Min. Nilson Naves, j. 21.6.91, receberam os embs., v.u, DJU 12.8.91, p. 10.553, 1ª col.; STJ-4ª Turma, REsp 6.739-BA, rei. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.8.91, deram provimento, V.U., DJU 9.9.91, p. 12.207, 1ª col., em.; ST J-4ª Turma, REsp 13.100GO, rei. Min. Athos Carneiro, j. 29.6.92, deram provimento, V.U., DJU 3.8.92, p. 11.323, 2ª col., em.: STF-RT 600/238, RT 618/194, 633/163, RJT JESP 50/25, 96/366, JTA 38/389, 55/168, 59/313,94/352, Lex-JTA 73/257, 74/215, BoI. AASP 1.290/213, 1.436/154, RP 39/317.

⁶⁸ ST J-1ª Turma, AG 23.785-5-SP-AgRg-EDcl., rei. Min. Demócrito Reinaldo, j. 9.12.92, receberam os embs., V.U., DJU 15.2.93, p. 1670,2ª col., em.

⁶⁹ JTA 93/385.

⁷⁰ RJT JERGS 168/153.

⁷¹ RTFR 15/201; RP 57/253; JT A 108/287; ST J-4ª Turma, REsp 19.564-SP, rei. Min. Barros Monteiro, j. 18.5.92, não conheceram, V.U., DJU 22.6.92, p. 9.765, 2ª col., em.; ST J-1ª Seção, MS 913-DF, rei. Min. Américo Luz, j. 12.11.91, homologaram a desistência, v.u., DJU

manifesto⁷², dentre outras hipóteses.

Nelson Nery Júnior⁷³, expressamente indica as seguintes hipóteses: a) correção de erro material manifesto; b) suprimimento de omissão; c) extirpação de contradição.

Mas, entende ainda o autor possível contra decisões *ultra petita*⁷⁴, erro manifesto⁷⁵ e erro de fato⁷⁶.

Em hipóteses bastante assemelhadas, Antonio de Pádua Ferraz Nogueira⁷⁷ indica a possibilidade de efeitos infringentes nos embargos declaratórios quando: a) a apelação ou agravo não forem conhecidos, em face de equivocada aferição do prazo de interposição, ou por qualquer erro material; b) quando houver omissão de decisão quanto a questão que se pretende seja objeto de recursos especial e extraordinário - de que já se falou -, podendo ensejar outra conclusão, de modo a modificar o aresto; c) houver contradição inadvertida, que se mantida, maculará o julgado e contrariará o sentido do fundamento da decisão.

Veja-se que os casos exemplificados são bastante abrangentes. A título meramente confirmatório entendemos que os embargos declaratórios com efeitos infringentes podem ser interpostos sempre que houver um erro grave de um determinado provimento jurisdicional⁷⁸.

De lembrar ainda que o STF, por não dispor de outros recursos para suas decisões, sempre aceitou com largueza os embargos de declaração com efeitos modificativos⁷⁹.

IX - CONCLUSÃO

Ex positis, concluímos:

1º) Os embargos de declaração são formas recursais anômalas, inseridas pelo legislador no Título dos Recursos, do CPC, mais pela similitude do que pela natureza;

23.9.91, p. 17.503, 2ª col., em.; ST J-4ª Turma, REsp 3.227-ES-EDcl., rei. Min. Athos Cameiro, j. 6.8.91, deram provimento, V.U., DJU 23.9.91, p. 13.085, 2ª col., em.; STJ-2ª Turma, REsp 13.667-SP, rei. Min. Américo Luz, j. 2.12.91, V.U., DJU 3.2.92, p. 455, 1ª col., em.

⁷² ST J-RT 670/182.

⁷³ Comentários ..., ob. citada., pp. 965-966.

⁷⁴ RSTJ 50/556.

⁷⁵ STJ, 1.ª T, EDclREsp 47206-7-DF, rei. Min. Demócrito Reinaldo, V.U., j. 8.2.1995, DJU 6.3.1995, p. 4319.

⁷⁶ JTACivSP 110/256, 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JT A 105/352; RJT JRS 69/136.

⁷⁷ Ob. citada.

⁷⁸ Exemplos práticos, ocorridos com este estudioso, foram o de acolhimento pelo magistrado, de ofício, de prescrição intercorrente, em sede de direitos patrimoniais (a despeito de norma legal em sentido contrário e amplos entendimentos jurisprudenciais no mesmo sentido), bem como de errônea extinção total do feito, quando se requereu a desistência em relação a apenas um dos demandados.

⁷⁹ Vide, para maiores esclarecimentos, Thetônio Negrão, ob. citada, na nota 3 ao art. 337, do Regimento Interno do STF, às pp. 1269-1270. Vide ainda, citadas pelo mesmo autor RT J 94/1.167 E 114/351.

2º) São previstos especificamente para integrar, complementar ou esclarecer o julgador, podendo em alguns desses casos, modificar o julgado;

3º) Quando assim o fazem, acreditamos que transformam-se, efetivamente e no contexto em que conhecemos, em recurso;

4º) Há uma tendência bastante forte na doutrina e na jurisprudência, de aceitá-los com efeitos infringentes, em casos de erros absurdos em decisões (terminativas ou não) e até mesmo em despachos;

5º) O julgador deve deles conhecê-los com o espírito acolhedor, sempre levando em conta a interpretação finalista do processo como instrumento adequado a atingir-se a composição dos conflitos e ainda, e talvez, precipuamente, o fator tempo a que a parte se submeterá, aguardando o processamento de um verdadeiro recurso que demande mais complexidade, quando, em determinadas hipóteses o mesmo julgador poderia decidir a questão de maneira bastante satisfatória;

6º) os ditos efeitos infringentes podem dar-se de maneira reflexa (quando são os embargos utilizados na forma e para os efeitos previstos no art. 535) ou diretamente (vislumbrando-se claramente a modificação do *decisum* ainda que também supedaneados no art. 535);

7º) A modificação dos efeitos, quando assim feita de forma direta, deve necessariamente passar pelo crivo do contraditório;

8º) Há de se tomar parâmetros (cabendo ao prudente arbítrio e saber do magistrado) para essa substancial mudança do julgado, ou seja, o caso em concreto deve ser verdadeiramente ensejador de tal medida;

9º) ademais disso, às partes caberá verificarem a viabilidade de tal atitude, adequando-a, sob as penas do art. 538, do não conhecimento do recurso meramente protelatório (com a conseqüente não interrupção do prazo para a interposição de outros recursos) e ainda, da litigância de má-fé.

Pela propriedade de conteúdo, achamos por bem transcrever o ensinamento do preclaro Antonio Carlos de Araújo Cintra, ao afirmar que *"na potencialidade própria dos embargos de declaração está contida a força de alterar a decisão embargada, na medida em que isto seja necessário para atender à sua finalidade legal de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão verificada naquela decisão. Qualquer restrição que se oponha a essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica constituirá artificialismo injustificável, que produzirá a mutilação do instituto"*⁸⁰.

Ora, se ficou demonstrado que, mesmo quando os embargos cumprem sua função específica (esclarecer a obscuridade, resolver a contradição e suprir a omissão), é possível a alteração substancial do julgado, é inegável, que, em tais casos, assumam os embargos a natureza de recurso, tanto mais quando têm a intenção manifesta de infringir-lhe o mérito.

E, se na espécie, de maneira não intencional, transmuda o julgado, não só retificando-o mas até mesmo invertendo paradoxalmente seu conteúdo, é plenamente aceitável que em decisões teratológicas - no sentido de prejuízo irreparável ou de não razoabilidade de que a parte se submeta à interposição de outros recursos que demandem maior tempo de processamento - possa o órgão julgador aceitá-los, com efeitos infringentes.

⁸⁰ Apud Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, ob. citada.

Ao permitir tal assertiva, entendemos que o princípio da infringência dos embargos declaratórios em hipóteses esdrúxulas deve ser estendido (de maneira racional e observando sempre o juiz o caso em concreto, no particular), possibilitando às partes a menor forma de prejuízo, atendo-se o processo para o atendimento do trinômio custo-tempo-benefício da prestação jurisdicional, pois, como já disse citado Ministro Marco Aurélio, "a parte tem direito à entrega da prestação jurisdicional de forma clara e precisa. Cumpre ao órgão julgador apreciar os embargos de declaração com o espírito aberto, entendendo-o como meio indispensável à segurança nos provimentos judiciais"⁸¹.

X- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvim, J. E. Carreira. Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Dei Rey, Belo Horizonte, 1995.

Aragão, E. D. Moniz de. Embargos de Declaração, RT 633/11.

Baptista, Sonia M. de Almeida. Embargos de Declaração - Inovações da Reforma, RP 80/27.

Bermudes, Sergio. A Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, 2-ed., São Paulo, 1996.

Borges, Marcos Afonso. Embargos de Declaração - Omissão - Efeito Modificativo, RP 51/191.

Dinamarco, Cândido Rangel.
A Instrumentalidade do Processo, 3^a ed., Malheiros, São Paulo, 1993.
A Reforma do Código de Processo Civil, 3^a ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

Fadei, Sergio Sahione. Código de Processo Civil Comentado, Tomo III, J. Kofino Editor, 1974.

Marques, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, Vol. III - Processo de Conhecimento, 2⁸ parte, Saraiva, 2⁸ ed.

Negrão, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 27 ed., Saraiva, São Paulo, 1996.

Nery Junior, Nelson.

⁸¹ Cf. nota 63.

Aspectos da Teoria Geral dos Recursos no Processo Civil, RP 51/155.
Reflexões Sobre o Sistema dos Recursos Cíveis na Reforma Processual
de 1994, RP 79/118.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 2⁸ ed .. Editora Revista dos Tribunais, SAo Paulo, 1996.

Nogueira, Antonio de Pádua Ferraz. Princípios Fundamentais dos Embargos de Declaração (Com as Alterações da Lei 8.950/94), RP 77/7.

Portanova, Rui. Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1995.

Silva, Ovidio A. Batista da. Curso de Processo Civil. Vol. I - Processo de Conhecimento, 3^a ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996.

Theodoro Júnior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 12 ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1994.

PEDIDO DE CITAÇÃO: REQUISITO EMBARAÇOSO À ATIVIDADE POSTULA TÓRIA

*João Eduardo Ribeiro de Oliveira
Concluinte do Curso de Direito da UFRN*

Sumário: I - A reforma atual e o art. 282 do CPC II - As tendências da ação no decorrer do tempo. III Lentidão processual e esquecimento do pedido de citação. IV - Situações aparentemente discutíveis. VA citação estatal. VI - Referências bibliográficas.

I. A REFORMA ATUAL E O ARTIGO 282 DO CPC

A preocupação em se adaptar as normas jurídicas ao clamor popular, com a real satisfação jurisdicional, culminou na extensa e complexa revisão do Código de Processo Civil.

O volume excessivo de contendas nos diversos juízos do país e o insuficiente número de magistrados terminam por ensejar modificações na legislação, notada mente a processual, com o propósito de alcançar a tão pretendida efetividade do processo.

Nessa intenção, foi formada a comissão que realizaria o Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Civil (1985). Apesar da desaprovação do referido esboço, conseguiram esses estudiosos embasar a novel comissão encarregada da difícil tarefa de reforma da regência processual.

De forma consentânea, preferiram os notáveis revisores fazer uma reelaboração descentralizada, por meio de sucessivos projetos de lei que permitiram uma rápida tramitação do processo legislativo.

Evitou-se o longo debate que seria travado se todo um anteprojeto fosse enviado ao Legislativo, como ocorreu com a tentativa de criação do novo Código Civil (Projeto de lei 634/75). Além do mais, permaneceu íntegra a estrutura do CPC, o que favorecerá a compreensão e interpretação dos novos textos legais insertos.

Alterações das mais significantes revolucionaram o campo processual, começando a torná-lo, mais que um centro de tecnicismo, um "processo de resultados"¹. Assim é a possibilidade de efetivação antecipada do direito pleiteado, segundo os moldes do artigo 273 do CPC. Nesse contexto, pode-se hoje auferir o benefício provindo do mandamento judicial, logo na fase de apreciação inicial da peça postulatória, se ultrapassados os requisitos prévios e presentes as exigências para antecipação da satisfação.

O alargamento do repúdio à deslealdade das partes igualmente foi tema da restauração legislativa, modernizando-se a sistemática de repressão à litigância de má-fé, com a aplicação do *countemp of court* (disciplina dos atos atentatórios à dignidade da Justiça) e de condenações civis - as *astreintes* de origem francesa - (art 18, CPC).

Também foram disciplinadas pequenas incorreções, como a desencontrada nomeação dos procedimentos civis. A Lei 9.245/95 destinou o procedimento sumaríssimo às causas de menor complexidade quando alterou os dispositivos 275 a 281 do CPC. O termo *laudo* passou a ser específico do perito, ou

¹ Cândido Rangel Dinamarca, A Reforma do Código de Processo Civil, p 20.

seja, do agente oficial de esclarecimento técnico, enquanto que o parecer será nomenclatura do exame pericial realizado pelos assistentes das partes (art. 433 do CPC modificado pela Lei 8.455/92).

Outra finalidade foi tornar alguns procedimentos mais céleres e isentos de certos estorvos. De tal forma ocorreu, por exemplo, com a execução das obrigações de fazer e não fazer, com a ação de consignação, com os embargos de declaração e recentemente com o agravo, sofredor de total remodelagem com o advento da Lei 9.139/95.

Essas mudanças provêm da concepção majoritária de que os modernos caminhos do Direito devem tender sempre para a pacificação social. O processo não mais basta por si só, reduzido a uma profunda análise científica direcionada para o aprimoramento próprio, sem a visão funcional que atualmente é aplicada.

Hoje, com essa evolução conceitual, muitas práticas do cotidiano judicial estão sendo revitalizadas, seja pela interpretação do julgador ou pela recomposição dos institutos processuais. A desnecessidade de requisição expressa de citação do demandado é um tópico a ser estudado dentro desse contexto.

Entretanto, antes das considerações centrais sobre o chamamento explícito do réu, é importante, para o desenrolar do tema, a exatificação do avanço por que passou o direito de ação até chegar ao momento presente.

II. AS TENDÊNCIAS DA AÇÃO NO DECORRER DO TEMPO

Não obstante a quase unânime confirmação da dissidência entre o direito de ação e o direito material tutelado, ou seja, da pretensão pura de reivindicar um benefício concreto, nem sempre tal clareza foi assente. A possibilidade de intervenção estatal para se evitar um confronto humano progrediu com o passar dos anos até chegar à fase atual "de instrumento".

Após a superação do momento selvagem de resolução dos conflitos, predominou o direito privado dos romanos, no qual havia completa preponderância dos contratos (ou quase-contratos) sobre as relações da vida romana. Decorrente dessa concepção privatista, ação e direito substancial convergiram para um mesmo sentido. O direito de ação era simplesmente e nada mais que o próprio privilégio subjetivo agitado. A fase imanentista, clássica ou sincrética estava vigorando.

Foi na Alemanha que se firmou o berço da independência da ação, quando MUTHER, WINDSCHEID e BÜLLOW começaram a defender a diferenciação entre o direito à proteção do Estado e o benefício material atribuído. Do pensamento de sincretismo, passa-se a estabelecer a autonomia entre os dois ramos.

Pregou WACH, valendo-se das idéias mutherianas, a autonomia da ação como direito empreendido contra o Estado, por ser este o responsável pela concretização da pacífica convivência humana. Mas o direito de ação somente se tomaria existente se a prestação jurisdicional fosse entregue ao postulante através de sentença, pois nesse momento estaria nascendo concretamente. Foi nesses termos que o supracitado estudioso concebeu a Teoria do Direito Concreto à Tutela.

CHIOVENDA propugnou o destino do requerimento judicial incidente sobre o réu e não contra o Estado. Esse direito se configura como um poder atribuído ao demandante, na medida em que "o réu não pode impedir o ingresso do autor em juízo, da mesma forma que o mandatário não pode impedir que o mandante revogue a procuração"².

² Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, vol. 1, p. 268.

Posteriormente, iniciou-se novo progresso científico (PLOSZ e DEGENKOLB) ao se conceber a subsistência do direito de ação não só quando há uma sentença favorável, mas também pelo simples fato de existência de interesse protegido abstratamente pelo Direito. MOACIR AMARAL DOS SANTOS explica: "Há pois, lugar para que se distingam dois interesses diversos: o interesse tutelado pelo direito e o interesse na tutela daquele pelo Estado"³.

O interesse na eliminação dos empecilhos à fruição de bens humanos (chamado de secundário por MOACIR AMARAL DOS SANTOS) qualifica-se como o direito subjetivo que viabiliza o interesse principal (aquilo que é desejado pelo homem e que não está ao seu alcance).

Por isso é abstrata a pretensão de ingresso judicial, pois não se "condiciona necessariamente à existência efetiva de um direito subjetivo material (...), bastando que o sujeito do direito de ação, para exercê-lo, se refira a um interesse primário juridicamente protegido"⁴.

Entre a total ausência de limites para a solicitação jurisdicional e a vinculação estrita à procedência da sentença, situou-se LIEBMAN reconhecendo o exercício pleno do direito de ação, mas que é preciso o trespasse de certos requisitos para o exame jurídico da lide.

O entendimento do mestre se resume em suas próprias lições: "Inconcebível é que se reconheça, indistintamente, como quer a teoria da ação como direito abstrato, a toda e qualquer pessoa, sem qualquer condicionamento, o direito de pedir a prestação da tutela jurisdicional"⁵.

As lides alcançam a possibilidade de apreciação integral pelo Judiciário através do juízo de admissibilidade, consoante ponderação do Professor WALTER NUNES DA SILVA JR.: "O Órgão Judicante só pode e deve se pronunciar acerca do mérito da questão se o titular da pretensão satisfizer as condições da ação e pressupostos processuais"⁶.

Sem a presença desses prévios condicionamentos, o postulante mantém a prerrogativa de ser ouvido pelo Estado, mas não de receber uma elaboração sentencial acerca do cabimento ou não de seu direito. Limita-se o ente estatal a afirmar que a pretensão não pôde ser analisada, por carência dos elementos imprescindíveis a uma examinação mais complexa.

Após constatação da viabilidade da ação e do processo (através da averiguação das condições da ação e dos pressupostos processuais, respectivamente), é dado início à investigação profunda da lide.

Diferencia-se, nitidamente, o exame inicial da lide da análise meritória que redundará na sentença, pois "esta, sobre tender para os valores de segurança jurídica e da Justiça, é específica e individualizante, concernindo ao pedido e sua fundamentação. Conseqüentemente, como a implementação da admissibilidade é exigência que atende ao princípio da economia processual é ela de ser examinada

³ Moacir Amaral dos Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 147.

⁴ Moacir A. dos Santos, *ibid.*, p. 148.

⁵ Liebman apud Walter Nunes da Silva Júnior, *Condições da Ação e Pressupostos Processuais*, p. 75.

⁶ *Ob. cit.*, p. 70.

sempre antes da fundamentação"⁷.

Frutos da nova geração autonomista, nasceram, no Brasil, os códigos de 1939 e 1973, este último o atual regimento em termo de processo civil. A marca peculiar dessas criações jurídicas foi o extremo tecnicismo imposto pela necessidade de se acentuar a independência processual.

Atingida a perfeita conformação da existência independente da seara processual, foi originada uma nova revitalização no meio jurídico mundial, enxergando-se o processo mais como meio de apaziguamento social. A supra-importância das regras procedimentais cedeu espaço para os objetivos extrínsecos do instrumentalismo.

A instrumentalidade do processo se solidifica no pensamento de um de seus maiores mentores, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, quando diz: "É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal"⁸. O processualista inicia o abandono da visão introspectiva para despertar uma intensa interferência social.

III. LENTIDÃO PROCESSUAL E ESQUECIMENTO DO PEDIDO DE CITAÇÃO

É sabido que não cabe ao julgador iniciar a atividade jurisdicional em desabono da movimentação da parte. Resguardando-se os princípios da igualdade e da imparcialidade é que sobressai o princípio de que cabe ao interessado trazer a juízo suas razões, a identificação (qualificação) da pessoa a suportar os efeitos de uma provável decisão judicial e as demais informações condizentes com a postulação judicial (princípio da demanda).

A citação é o ato processual que objetiva comunicar ao demandado o litígio judicial proposto contra o mesmo, para que, então, possa reagir contra a pretensão ajuizada, auxiliando o juiz na busca da verdade. Por ser pressuposto processual, a presença do ato citatório significa que o processo somente evoluirá se o chamado da parte demandada tiver sido realizado satisfatoriamente. Herdou-se para os sistemas jurídicos atuais o brocardo *nemo debet inauditus damnari* (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido), segundo observação de EDSON PRATA⁹.

A petição inicial é justamente o instrumento hábil a propiciar a concessão das necessidades patrimoniais ou pessoais, por atuação do magistrado, órgão especialmente incumbido dessa outorga. É de interesse do Estado disciplinar o conteúdo do requisitório e o faz enaltecendo os atributos insupríveis para o intento judicial, significando que na "falta de qualquer deles não estará a outra parte em condições de exercer o direito de defesa na sua plenitude, nem o juiz terá os elementos suficientes à aplicação da lei"¹⁰.

Como principal orientador do elenco que deve coexistir na exordial termos, no CPC:

"Art. 282. A petição indicará:

⁷ Donaldo Arnaldo apud Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Admissibilidade e Mérito na Execução, p. 26.

⁸ A Instrumentalidade do Processo, p. 153.

⁹ Crise do Processo, p. 59.

¹⁰ James Eduardo Oliveira, Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial, p. 39.

I - O juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; /1' - () pedido, com suas especificações;

v - o valor da causa;

II] - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu. (destaque intencional)

De acordo com a eventual ausência dos supracitados itens na petição inicial, verificam-se "defeitos substanciais, que exigem pronto indeferimento. e defeitos não-substanciais, que importam em outorga de lance próprio de correção "¹¹.

Em atenção aos artigos 282 a 285 e 295 do CPC, está o julgador condicionado a possibilitar a emenda da inicial, indeferi-la sem estudo do pedido ou determinar a convocação do demandado.

A carência dos incisos I, V e VI do art. 282 (e o artigo 283 do CPC) embora não proporcionem de imediato o desprezo da inicial, devem ser providenciados sob pena de impossibilidade de julgamento. O inciso VII daquele artigo é o único que se prende unicamente a uma formalidade, não dificultando a subsequente apreciação do feito ante sua inobservância.

O defeito de falta de citação é de forma, não adentrando na substância da ação como fazem os incisos II, III e IV do mesmo dispositivo.

Pois bem. A falta do pedido de citação acarreta despacho ordinatório do juiz determinando que o solicitante afirme o desejo de chamamento do réu. Em esparsas linhas, o advogado obedecerá ao mandamento judicial para só depois conseguir o regular andamento do feito, o que poderá demandar um tempo excessivamente longo, pois envolve não só ato do juiz, mas da secretaria judiciária, do órgão de publicidade e da própria parte.

A cientificação da parte oposta se encerra como absolutamente lógica. Ao ingressar em juízo, a parte solicitante deseja ter resposta do Estado, o que só pode ser feito com a oitiva do indicado, por atenção obrigatória ao devido processo legal, acolhedor dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Mesmo com o nascimento de uma nova mentalidade, muitos profissionais da área jurídica relutam em admitir a impraticidade do inciso VII do art. 282 do CPC. Esse é o entendimento de MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES: "Tal orientação equipara-se a uma faca de dois gumes. Ao deixar-se de lado certas regras essenciais do processo que visam a lhe conferir estabilidade, segurança e legitimidade, pode-se também estar abrindo caminho para uma completa, generalizada e incontrolável

¹¹ James Eduardo Oliveira, ob. cit., p. 39.

insubordinação do procedimento à lei"¹².

Com o devido respeito, pensamos que incorre a gravidade salientada pelo ilustre doutrinador. Sendo somente uma das facetas que exprimem a organização social, não almeja o Poder Judiciário desconsiderar a existência da lei, mesmo porque dela necessita para concretamente dirimir as insatisfações sociais.

Além do mais, a produção legislativa contém as mesmas limitações encontradas em todas as atividades do homem. É preciso que o julgador se previna da possível imperfeição de uma norma, porquanto ao se considerar "o princípio elementar da falibilidade e da arbitrariedade eventuais do legislador na elaboração da norma legal, o juiz não pode, apercebendo-se disso, aplicá-la simplesmente"¹³.

A corrente que nega a possibilidade do julgador citar de ofício o réu pugna pela mácula à imparcialidade e isonomia obrigatórias nas relações jurídicas que envolvem julgamento. Todavia, não se vê qualquer ferimento aos princípios acima exaltados.

A argüição de desrespeito à imparcialidade do julgador não convence; primeiro, porque o juiz manda citar como ente estatal interessado somente em exterminar o desequilíbrio social, conforme os interesses da coletividade; segundo, pelo fato de que a lide já está iniciada com o trespasse dos fundamentos e da pretensão do autor, embora que de forma ainda não triangular.

Não há também sentido em se dizer que a citação ex officio resultaria em benefício para uma das partes. O suplicado terá prazo para alegar matéria de defesa da mesma forma que na circunstância do rogo citatório existente na peça proemial. A contestação não obtém vantagens ou prejuízos com a diligência oficial de citação.

Inversamente, o informe realizado sem a solicitação direta do autor encontra respaldo na insubstituível economia processual sem macular nenhum outro princípio implantado no ordenamento jurídico.

Prova também consistente de que o requerimento da citação possui importância secundária na atividade processual reside na disposição contida no parágrafo 1º do artigo 214 (CPC): "§ 1º. O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação". (Igual regulamentação é encontrada no art. 18, § 3º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - 9.099/95).

Oportunamente ressalta o Professor FRANCISCO BARROS DIAS: "O princípio da economia faz nascer vários outros que se entrelaçam perfeitamente, tais como o aproveitamento dos atos processuais, a renovação dos atos processuais, o

¹² A Inépcia da Inicial por Falta do Requerimento da Citação. Prevalece a Finalidade ou o Pressuposto de Ordem Pública diante do Princípio Dispositivo? p. 276.

¹³ Dagoberto Romani. O Juiz entre a Lei e o Direito, p. 234.

prejuízo, a finalidade e a especificidade"¹⁴.

O objetivo do ato, quando alcançado, torna-o eficaz. Do contrário não haveria por que inserir o parágrafo único do art. 250 no CPC, do qual se extrai a essência do princípio da finalidade e do aproveitamento dos atos processuais, sustentando a legalidade do suprimento judicial.

IV. SITUAÇÕES APARENTEMENTE DISCUTÍVEIS

Há casos que, à primeira vista, poderiam impedir uma maior diligência por parte do julgador. São exemplos: a citação de litisconsortes necessários como o cônjuge (incisos do § 1º do artigo 10 do CPC), os confinantes, condôminos e eventuais interessados nas ações divisórias, demarcatórias e de usucapião; a intervenção de terceiros do Capítulo VI - Título II do CPC e a intimação do Ministério Público quando inevitável sua participação.

Nessas circunstâncias, seria forçosa a ordem de emenda da inicial para suprir o pedido de chamamento? Ainda assim é possível se assegurar que insubstituíveis são os atributos trazidos pelo demandante de identificação do litisconsorte, do confinante, do condômino e do interessado.

Para julgar a lide, faz-se obrigatória a inclusão do nome, qualificação, profissão e endereço para trazer o potencial litigante ao campo do processo; informativos esses que são requisitados pelo inciso II do art. 282 do CPC e não pelo seu inciso VII, notabilizador do propósito de comunicar a demanda ao réu.

Alguns estudiosos defendem, nesse contexto, a reformulação do inciso VII do art. 282, substituindo o requerimento de citação por uma correta e inequívoca promoção postulatória, da mesma forma que foi utilizada no art. 47, § único, do CPC, quando determina que o autor "promova" a citação dos litisconsortes. Promover significa entregar à autoridade judicial todas as informações pessoais do litisconsorte que facilitarão a notícia do intento.

A exigência de qualificação da parte acontece igualmente na intervenção de terceiros, quando o oponente, o nomeante, o denunciante e o réu no chamamento ao processo (arts. 57, 65, 71, e 78 do CPC, respectivamente) provocam a entrada do litigante pela sua especificação e não pelo singelo pleito de citação.

É certo que nestas suposições, quando a minudência do provável litigante não puder ser efetivada, por questão de incerteza quanto a sua localização ou sua identidade, será prudente o patrono informar a necessidade de citação editalícia, por desconhecimento de quem seja o litisconsorte ou onde se localize.

Outro aspecto merecedor de atenções é o chamamento do Ministério Público por intimação. Embora não se trate de citação, é indispensável, segundo imposição do art. 82 do CPC, haver observação e controle do cumprimento das disposições legais em específicas lides.

Há a intenção do Estado em velar pela inteira observância da lei, não se cogitando o porquê da solicitação da parte quando se deveria favorecer a automática intervenção do Ministério Público, como acontece nas ações de usucapião (art. 944 do CPC).

Inadmite-se aqui a necessidade de identificação do ingressante como nos casos anteriores, sendo a nulidade cominada para a falta de intimação do Ministério Público, notória atecnidade do art. 84 do CPC, quando exige requerimento explícito

¹⁴ Nulidades Processuais Civis, p. 26.

de intimação a ser feito pela parte, o que poderia ser determinado oficialmente nos litígios discriminados por lei.

Não é o pedido de citação em si que se configura como problema para continuação da lide, mas a falta de identificação de determinado sujeito. Com certeza, o qualificativo do réu é realizado juntamente com o pedido de convocação, em decorrência da sistemática processual, mas, nem por isso, a citação se torna predominante.

V. A CITAÇÃO ESTATAL

Como se vê, a função do processo é muito maior do que supunham os cultores do autonomismo. Além de instrumento de progressão dos atos que levarão à sentença, é meio por qual a sociedade se mantém em equilíbrio. O interesse coletivo, hegemônico em todas as relações sociais, é plenamente consagrado também no contraditório presente entre os litigantes.

A excessiva postura metodológica culmina no retardamento do término do litígio. Não é raro militantes do Direito condenarem a ordem de ciência determinada pelos juizes após constatação de omissão na petição. Nota-se o apego a formalidades não essenciais ao desenvolvimento da função jurisdicional.

No processo penal também se concebe idêntica situação, de acordo com a profunda sapiência do Professor TOURINHO FILHO, que advoga a obrigatoriedade do pedido de citação na denúncia¹⁵¹⁶.

Contraditando os argumentos formalistas, merecem transcrição os ensinamentos de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, nos quais se assenta a magna função encerrada no processo:

"É preciso 'revisitar' os institutos processuais, todos concebidos segundo a visa o autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista"¹⁷.

A ordem de citação deve ser empreendida mesmo na inobservância de sua menção na petição inicial, dado que o magistrado, antes de ser ente estatal, é agente social, como elucidada HANS REICHEL: "O juiz é obrigado, por força do seu cargo, a afastar-se conscientemente de uma disposição legal quando essa disposição de tal modo contraria o sentimento ético da generalidade das pessoas que, pela sua observância, a autoridade do Direito e da lei correria num perigo mais grave do que através de sua inobservância"¹⁸.

Em estudo sobre a norma jurídica, no que tange à sua interpretação, o Professor IVAN LIRA DE CARVALHO declara a inevitável atuação do julgador moderno em face da normatização legal: "Enquanto texto frio e latente, espelha tão-só o instante da sua confecção ou do seu incorporamento ao conjunto normativo. Cabe ao

¹⁵ ob. cit., p. 350.

¹⁶ Com a mesma exigência: o art.34 do Decreto-Lei 9.760/46, o art. 3º, § 1º, da Lei 3.193/57, o art. 13 da Lei 4.898/65, o art. 6º, 111, da Lei 6.830/80, o art. 288, I, do RISTF e o art. 4º, 11 da Lei 8.866/94. Por outro lado, o art. 840, § 1º, da CLT exige implicitamente a reclamação do pedido de citação (notificação).

¹⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo*, p. 15.

¹⁸ apud Dagoberto Romani, ob. cit., p. 234.

intérprete vivificá-l e dar-lhe a destinação adequada às exigências sócio-culturais dos seus súditos, assim entendidos pela submissão gerada pela coercibilidade das normas"¹⁹.

O importante não é formalizar o manifesto desígnio do autor em tomar o demandado ciente, mas o próprio ato citatório, no qual o oficial de justiça ou outro órgão escolhido pela lei proporciona a comunicação processual e pode atestar a recusa ou o desaparecimento do demandado, não cabendo às partes realizá-lo por evidente mácula aos princípios processuais.

A supressão ou modernização do inciso VII do artigo 282 não irá desencadear a tão almejada celeridade processual e resolver todos os problemas afetos ao Judiciário, mas é uma impropriedade digna de ser corrigida através das remediações legislativas vindouras.

Contudo, deposita-se mais esperança no sentimento de dinamismo e Justiça dos juízes (falando propriamente em magistrados de qualquer instância) compromissados em extirpar, no tempo mais breve, as contendas humanas trazidas a juízo. No limiar do século XXI, onde tudo já se direciona à simplicidade, as atitudes retrógradas ficarão inteiramente à margem do progresso humano.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AL VIM, José Carreira. Código de Processo Civil Reformado. Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CARVALHO, Ivan Lira de. A Interpretação da Norma Jurídica (Constitucional e Infraconstitucional). RT JE. Vol. 111. São Paulo: Vellenich, 1993.

COUTURE, Eduard J. Introdução ao Estudo do Processo Civil. trad. Mozart Victor Russomano. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e Mérito na Execução. Revista de Processo n° 47. São Paulo: Ed. RT, 1987.

DIAS, Francisco Barros. Nulidades Processuais Cíveis. Revista Acadêmica de Direito. Natal: EDUFRN.

¹⁹ A Interpretação da Norma Jurídica (Constitucional e Infraconstitucional), p. 27.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2⁸ ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 3⁸ ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades do Processo Penal. 4⁸ ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

OLIVEIRA, James Eduardo. Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial. Revista dos Tribunais n° 688. São Paulo: Ed. RT, 1993.

PRATA, Edson. A crise do Processo. Revista dos Tribunais n° 632. São Paulo: Ed. RT, 1988.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. A Inépcia da Inicial por Falta de Requerimento de Citação. Prevalece a Finalidade ou o Pressuposto de Ordem Pública diante do Princípio Dispositivo. Revista dos Tribunais n° 682. São Paulo: Ed. RT, 1992.

ROMANI, Dagoberto. O Juiz. entre a Lei e o Direito. Revista dos Tribunais n° 633. São Paulo: Ed. RT, 1988.

SANTOS, Moacir Amaral dos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 15⁸ ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA JR., Walter Nunes da. Condições da Ação e Pressupostos Processuais. Revista de Processo n° 64. São Paulo: Ed. RT. 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vo11. 15⁸ ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NEOLIBERALISMO : INIMIGO DA CIDADANIA

Leifson Gonçalves Holder da Silva
Acadêmico do 3º período do curso de Direito da UFRN

1 - INTRODUÇÃO

Baseado no texto de Luís Fernandes, proferido na 8ª Conferência Nacional do PC do B, procurarei fazer uma reflexão sobre a natureza do neoliberalismo e das conseqüências de sua transformação em projeto hegemônico e dominante na maior parte do mundo capitalista neste fim de século.

O autor afirma que o termo "neoliberalismo" não deve ser usado de forma indiscriminada como adjetivo pejorativo para àquelas medidas ou políticas com as quais não se está de acordo. Deve-se sim, procurar entender essa expressão em toda a sua plenitude, a fim de se compreender os pressupostos que caracterizam a economia mundial em sua nova reestruturação diante de transformações técnicas e econômicas, principalmente no que se refere à Divisão Internacional do Trabalho. Pressupostos estes que, estão condicionados à lógica do modelo neoliberal, e que visam, de todas as maneiras, redefinir o comércio internacional de forma que os países menos desenvolvidos se tomem mais dependentes¹.

Torna-se interessante (para não dizer imprescindível), entender como ressurgiu a ideologia liberal e como ela é passada aos países do terceiro mundo, dentro deste contexto global.

Só a partir desta compreensão mais completa e precisa, é que será possível começar a desvendar e perceber de forma mais clara a política nacional imposta pelo atual Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) e a evolução da sociedade brasileira neste momento crucial, diante da transição por que passam a economia e a sociedade internacional como conseqüências da expansão neoliberal.

Antes de se analisar o neoliberalismo propriamente dito, é importante que se faça uma breve elucidação de seu desenvolvimento histórico até o momento atual, com a finalidade de mostrar sua gênese e os motivos que levaram a sua progressão, se tornando dominante hoje na maioria do mundo.

2 - DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

¹ Os grifos existentes no artigo são ilustrativos e de responsabilidade inteira do autor.

A história do neoliberalismo tem suas raízes no século XVIII, mais precisamente, no liberalismo clássico, que veio dar origem ao tema em questão.

Este liberalismo surgiu como doutrina e movimento de caráter progressista, principalmente contra o despotismo dos Estados absolutistas e contra as restrições mercantilistas à formação de um único mercado comum sob a proteção do processo de desenvolvimento da industrialização capitalista.

As restrições oriundas do mercantilismo causavam um certo entrave econômico, na medida em que a prosperidade econômica de um país deveria ser conseguida através de uma balança comercial favorável (positiva), da proibição da entrada de mercadorias estrangeiras (se possível) e por uma acumulação de metais preciosos; símbolos e base da vida econômica e riqueza nacional, considerados indispensáveis à sobrevivência e ao fortalecimento da soberania.

O sujeito econômico central era o Estado, já que efetuava uma forte intervenção econômica a fim de aumentar seu poderio através da obtenção de ouro e prata. Entretanto, em geral a corrida por metais acabou ocasionando como resultado uma asfixia econômica para os Estados que adotaram este modelo.

O liberalismo econômico veio em contrapartida defender a liberdade de mercado contra este sistema mercantilista, recebendo fundamentação teórica por parte dos fisiocratas que propunham o "*laissez-faire, laissez-passer*."

Esse serviu de base para a Escola clássica (corrente científico-econômica) desenvolvida na Inglaterra, a qual se aproveitou de imediato de seus ideais avançados já que era a primeira potência capitalista do mundo, visando posteriormente subordinar o conjunto do globo ao seu predomínio industrial.

A Escola Clássica afirmava que um mercado livre e competitivo determinaria a produção, os preços² (lei da oferta e da procura) e a distribuição de renda. Com isso, o liberalismo tenderia a reduzir ao mínimo a interferência do Estado nas atividades econômicas individuais. Oportunamente, nesse sentido segundo a fórmula pitoresca de Hellpachs, "a melhor posição que o Estado e a economia podem assumir um a face do outro, é a de ficar afastado três passos um do outro".

Contudo, não se negava o Estado, porque o liberalismo não significava anarquismo; apenas deveriam ser afastadas suas intromissões inúteis.

Posteriormente no entanto, com a consolidação do novo mercado global capitalista sob preponderância inglesa por volta do séc. XIX; o capitalismo emancipador, progressista e até revolucionário, deu vez a um capitalismo opressivo e espoliador. Capitalismo este, agora conservador; voltado para a justificação ideológica das injustiças operantes derivadas da exploração. Por meio da ideologia capitalista, procurava-se justificar convenientemente os fatos da vida social, como se quisesse preservá-la de possíveis desequilíbrios ou conflitos, ao nível da prática.

Em oposição a esta sociedade de classes surgiram o operariado, os sindicatos, as teorias socialistas e marxistas (como alternativas teóricas e políticas libertadoras), além da demanda por direitos e a produção de leis refletindo conquistas sociais (não sem antes ocorrerem protestos e pressões por parte do proletariado). Através dos sindicatos, os operários, unidos e conseqüentemente mais fortes,

² Foram utilizados como parâmetro da fundamentação teórica no Desenvolvimento Histórico os autores Luis Manoel Rebelo Fernandes, Raymond Barre, Leôncio Martins Rodrigues, Wilson Cano, José Jenoíno, dentre outros.

reivindicaram seus direitos, alterando aos poucos as relações de trabalho, trazendo melhorias à classe operária. A autonomia da vontade nas relações do empregador com o empregado foi reduzida, já que a legislação social veio restringir este "livre entendimento entre as partes. Os abusos do liberalismo foram tantos, que o Estado, por intermédio do legislador, diminuiu a liberdade do patrão para dar mais consistência à do trabalhador, impondo a contratação dentro de determinados parâmetros. Foi uma reação clara contra esse liberalismo opressor e tirano.

A Europa Ocidental conseguiu contornar as tensões do pós-guerra através da ajuda econômica (Plano Marshall), voltando-se para a construção de uma rede de assistência social impecável e caríssima, associada ao bem-estar, objetivando uma distribuição de renda e proteção dos cidadãos contra os desequilíbrios sociais.

O curso do desenvolvimento favorecia às posições e tendências de esquerda, os sindicatos se fortaleciam, os partidos socialistas viam seus votos aumentarem e o intervencionismo estatal crescia com a regulamentação da sociedade.

De uma ideologia que ascendeu e dominou o século passado, o liberalismo clássico acabou sendo gradativamente, e por fim inteiramente descartado pelos desenvolvimentos mundiais na primeira metade do século XX. Ele não pôde suportar duas guerras mundiais, depressão econômica (quebra da bolsa de Nova York), protecionismos emergentes, além de uma ascensão de Estados Socialistas e de Bem-Estar ("*Welfare State*"), levando ao seu declínio.

Entretanto, este não foi seu fim, como poderia parecer em uma perspectiva de desenvolvimento das teorias de economia dirigida e do socialismo de Estado. O liberalismo sofreu uma revitalização em 1947, quando um grupo de pensadores liberais se reuniram para discutir as bases de uma ofensiva contra teorias e práticas socialistas e intervencionistas então predominantes, formando a chamada Sociedade de Mont Pélerin.

Esta articulação pós-guerra teve um papel decisivo no lançamento das bases teóricas do novo liberalismo, agora denominado neoliberalismo.

Este tomou um impulso substancial a partir da segunda metade da década de 70, período em que o estadismo e o planejamento central começaram a definharem e a quebrar como consequência de uma crise econômica internacional, aliada a transformações tecnológicas que trouxeram grandes repercussões, levando à ruptura destes modelos de Estado. Foi principalmente nos governos de Margareth Thatcher (Primeira Ministra, denominada e conhecida como "dama de ferro") no Reino Unido (1979-1990) e do Presidente Ronald Reagan nos Estados Unidos (1979-1990), que deu-se o revigoreamento da ideologia liberal. Propondo medidas limitadoras do Estado na economia, procederam-se às sucessivas privatizações e tentativas de derrubar as tradicionais barreiras protecionistas adotadas por muitos países.

As novas tecnologias também geraram não só novas formas de produzir, mas tiveram impactos impressionantes sobre a organização da produção e das estratégias de competitividade.

Os Estados direcionaram-se a uma competição desenfreada com uma absurda e acelerada "corrida à modernidade", destruindo todo o sentido e o direito social construído na era do "*Welfare State*". Assim, a competição, a eficiência e o êxito econômico passaram a ser vistos positivamente. O individualismo ligado à afirmação das liberdades individuais e dos direitos humanos, deram vez ao individualismo sórdido, desmontando os valores do solidarismo para afirmar e justificar a desigualdade social

como inevitável consequência da liberdade humana. A segurança, o conforto e a liberdade do próximo passaram a ser ameaçados pela neurótica necessidade de poder e pelo egoísmo consumista. O que passou a ser considerado moderno foi o retorno a Adam Smith (filósofo e economista inglês que influenciou de forma decisiva na formação e no fortalecimento do capitalismo contemporâneo). Neste ínterim, a grande campanha neoliberal se espalhou pelo mundo e as transnacionais cantaram vitória quando viram o "urso russo" passar à condição de "cordeiro capitalista".

No rastro desta nova realidade - "Terceira Revolução Industrial", globalização, crise econômica, etc. - é que afirmou-se a hegemonia da ideologia neoliberal exaltando a excelência do novo mercado e do novo individualismo.

3 - CONTEXTO MUNDIAL

A revolução doutrinária trazida pelo neoliberalismo apresenta novas bases teóricas, que têm sido utilizadas como a fonte intelectual para redirecionamentos nas políticas de gestão macroeconômica (aspectos globais da economia) e social de diversos países em grande parte do globo.

Convém esclarecer, que a adoção de uma política neoliberal por parte da maioria destes países ao longo dos últimos anos objetivando obter uma maior "integração econômica", não foi um ato de livre e espontânea vontade, como aparentemente poderia sugerir uma análise mais superficial.

Na verdade, esse neoliberalismo vem sendo imposto por pressões externas procedentes de países desenvolvidos aos países subdesenvolvidos, através de organismos internacionais, principalmente o FMI - Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o BID - Banco Internacional de Desenvolvimento. Os países devedores do mundo capitalista periférico, vêm cedendo às exigências da implantação de políticas neoliberais como condição para a obtenção do apoio político das grandes potências, bem como para conseguir a liberação de escassos recursos financeiros dos bancos e agências internacionais na forma de investimentos. Estes países têm sofrido coações agressivas para eliminar as restrições e diminuir os obstáculos alfandegários às mercadorias importadas. Segundo um correspondente do *New York Times*, o FMI "já derrubou mais governos que Marx e Lênin juntos" (Michael Moffit, *O dinheiro do mundo*, p.131). Isto no fundo está acarretando um alargamento do abismo existente entre o primeiro e o terceiro mundo, o qual torna-se cada vez mais indefeso, submisso e dependente.

Com a intenção de colocar este esquema em prática, os países ricos (forças neoliberais) formaram blocos econômicos neoprotecionistas (verdadeiras "fortalezas econômicas" como o NAFTA A, o Mercado Comum Europeu e a área de influência japonesa no Pacífico) com o intento de proteger seus mercados internos, e ao mesmo tempo condicionar aos demais países a abertura de mercado - sob a argumentação da "integração econômica", "globalização", "eficiência" alegando ser uma política econômica correta para atrair capitais externos.

De fato, os países desenvolvidos caíram numa evidente contradição já que fecharam suas fronteiras contra a invasão de mão-de-obra estrangeira (blocos econômicos), ao mesmo tempo em que difundiram e defenderam uma ideologia neoliberal baseada justamente na supressão das barreiras alfandegárias e das cotas de

importação. Assim, foi intensificado o movimento de capitais bens e serviços, mantendo entretanto, a movimentação humana do trabalho sob proibição ou rígido controle. Os países do 1º mundo abriram as suas fronteiras internas. em uma aparente atitude liberal, mas fecharam mais do que nunca as externas. Essa atitude - de praticarem o que criticam nos outros - mina por si só a autoridade de impor políticas neoliberais por parte dos países desenvolvidos.

Contudo, apesar da incoerência entre palavras e ações, o neoliberalismo defendido pelas grandes potências vem tomando força no contexto mundial, espalhando-se rapidamente, revelando-se não se tratar de mero projeto intelectual ou político desconectado de bases sólidas.

3.1 - BASES E JUSTIFICATIVAS DA OFENSIVA NEOLIBERAL

Vivemos hoje a estruturação de uma ordem internacional cuja feição ainda não se encontra totalmente definida. Porém, os princípios básicos que norteiam as políticas econômicas neoliberais que mais vêm se destacando, resumem-se principalmente em:

a) Ajuste Fiscal³

O sistema fiscal estimula a sonegação por cobrar tributos exagerados de um número reduzido de pessoas e empresas. Com a sua reforma, torna-se possível desonerar as empresas e aumentar sua competitividade, ainda podendo elevar a arrecadação porque haveria (em tese) menos sonegadores.

b) Privatização (Desestatização das forças produtivas)

Assim o governo elimina gastos com as estatais e gera caixas. O dinheiro levantado ainda pode permitir a diminuição da dívida pública. Com a redução do tamanho do Estado, torna-se mais fácil de ser administrado, podendo dedicar mais atenção e dinheiro aos problemas sociais.

c) Abertura Comercial e Financeira

A eliminação de barreiras à importação, à entrada de capital estrangeiro e à remessa de lucros gera uma aplicação em investimentos, incentivando-se o comércio, além de aumentar a reserva cambial nacional.

d) Reestruturação do Sistema Previdenciário

Com a privatização do Sistema Previdenciário, ou pelo menos parte dele, o Estado arca com menos gastos já que divide sua folha com a iniciativa privada. Assim, também pode reequilibrar as contas públicas, evitando a volta da inflação.

Além dessas, outras medidas importantes também vêm completar este quadro, que de maneira geral, se orienta para a redução do tamanho, do controle e dos

³ o embasamento doutrinário do Contexto Mundial foi respaldado principalmente nos professores Luis Manoel Rebelo Fernandes (UFF), Roosenetz de Carvalho Teixeira e João Rodrigues Neto (UFRN), dentre outros.

gastos do Estado na economia.

3.2 - CONSEQUÊNCIAS

O resultado dessa ofensiva neoliberal não poderia ser melhor para os países do primeiro mundo.

A iniciativa privada desses países, impõe mais facilmente seus interesses, através da formação de grandes grupos capitalistas detentores de tecnologia e capital, que acabam se configurando em "blocos de poder político-econômico", os quais, não atuam somente sobre as relações econômicas, mas procuram modificar essa estrutura para aumentar ainda mais as suas vantagens em países periféricos que vêm adotando políticas neoliberais. Dominar as máquinas, produzi-las, ter acesso ao seu uso representa, dentre outras coisas, desfrutar certo domínio sobre os que não as possuem. Isto pode significar não só o controle de empresas de menor porte mas até controle na definição da política econômica de países inteiros.

Com isso, as decisões econômicas no seio dessas nações, já não pertencem aos milhões de indivíduos que as integram, mas estão concentradas nas mãos de minorias (cartéis e multinacionais) que monopolizam o poder em proveito próprio. Nesse estágio de desenvolvimento, em que predomina a internacionalização do capital, consolida-se a interdependência crescente das grandes transnacionais, ultrapassando suas fronteiras de origem e colocando as questões nacionais em segundo plano. Assim, os interesses dos Estados ficam, mais do que nunca, atrelados aos interesses do capital internacional. Segundo o economista Gilberto Dupas, do Núcleo de Estudos Estratégicos da USP, "as maiores corporações mundiais estão decidindo basicamente o que, como, quando e onde produzir os bens e serviços utilizados pelos seres humanos" (Revista Veja, 03/04/96) . Com isso, alguns criam a história, enquanto outros, a maioria, sofrem e suportam a história que aqueles estão escrevendo.

Por outro lado, para países subdesenvolvidos (como é o caso do Brasil), as consequências são no mínimo devastadoras.

Com a crescente evolução que vem acontecendo no mundo atual, as nações procuram alternativas para se adaptarem, diante da modernização dos meios de comunicação, produção e da abertura do mercado, buscando acompanhar a competitividade crescente entre as atividades do mercado.

Mesmo a Rússia, que já foi uma grande potência mundial, sentiu o impacto devastador que uma abertura econômica é capaz de causar. A expectativa de vida do russo passou de 65 anos no socialismo para 58 com o capitalismo, e a tendência é o alargamento dessa diferença. O aumento da marginalidade e a proliferação das drogas também acompanharam essa abertura. De acordo com estimativas do próprio governo, 1 em cada 6 jovens russos serão viciados até o ano 2000. No geral, as condições de vida, excetuando o surgimento de uma pequena classe burguesa que ascendeu juntamente com o capitalismo, só se deterioraram para a maioria dos trabalhadores russos. Se antes eles não podiam comprar um *big-mac* (sanduíche mundialmente difundido por uma cadeia de lanchonetes americana) por falta de opção, agora não podem comprá-lo por falta de dinheiro (fonte: 48 Hours - GNT).

A busca ansiosa para conseguir melhores preços e maior qualidade na elaboração do produto, tem resultado num retrocesso nas relações entre capital e

trabalho, ao se ignorar princípios e normas vigentes referentes às relações trabalhistas.

No intuito de reduzir encargos sociais e enxugar a estrutura empresarial, as empresas iniciaram demissões e firmaram novos contratos com prestadoras de serviços para executarem as mesmas atividades, antes elaboradas com vínculo laboral pelos funcionários demitidos (fenômeno denominado de terceirização). Os empregados terceirizados, apesar de possuírem todas as características necessárias a uma relação direta de emprego com a empresa beneficiada, são remunerados pela empresa locadora de serviços que paga salários mais baixos.

A intervenção cada vez menor do Estado nas relações de trabalho, multiplicou as relações atípicas, acarretando conseqüências desastrosas à classe dos trabalhadores, por fraudar direitos e garantias fundamentais.

"Com toda essa desregulamentação trabalhista, sem a devida postura crítica (...) as garantias sociais conquistadas pelos trabalhadores têm ficado somente nas linhas dos diplomas legais. (...) Isto tem trazido sérios problemas de ordem social e jurídica como: o alto índice de demissão, desemprego, subempregos, mão-de-obra barata, fomentação dos contratos atípicos, flexibilização das normas trabalhistas, fraude aos direitos e garantias sociais, instabilidade nas relações empregatícias, formação de uma classe totalmente destituída de sindicato que possa reivindicar seus direitos e representá-los; além do próprio enfraquecimento dos movimentos sindicais". (Revista Jurídica In Verbis. UFRN/CCSA v.2. n. 3. Natal: Ed. Nordeste, 1996. p. 174, 181).

A exploração da mão-de-obra de mulheres e crianças também foi intensificada no Brasil, principalmente a partir do governo do Presidente Fernando Collor de Mello (1990 a 1992), diretamente relacionado com o processo de terceirização. O trabalho infantil, proibido por lei e por isso clandestino, retira grande parte das crianças das escolas, e de pouco ou quase nada valem as campanhas ou fiscalizações freqüentes contra ele, já que a necessidade é um contra-aliado de peso num país onde 32 milhões de pessoas vivem abaixo do nível de pobreza (Brasil. O Livro dos 500 anos. p. 112, São Paulo, 1996). Ainda de acordo com o sociólogo José de Moura Martins, 40 mil dos 85 mil casos de trabalho escravo no país nos últimos 20 anos envolviam meninos e meninas (Cadernos do Terceiro Mundo, Rio de Janeiro, v.21, n. 188, p. 1619, ago. 1995).

Para conseguir preços melhores e qualidade mais alta em sua guerra internacional contra os concorrentes, empresas também têm aumentado muito os seus índices de automação. A maior velocidade no processo de fabricação garante menores custos e, conseqüentemente, a possibilidade de colocar o produto no mercado com preços mais reduzidos, liquidando ainda mais postos de trabalho.

Por incrível que pareça, uma legislação que protege e encarece o trabalho, tem levado ao aumento de desemprego nos países que adotam essas garantias, já que são provavelmente excluídos de muitos projetos de investimento. Ficou tão dispendioso contratar um trabalhador europeu, com a sua pilha de benefícios, que as grandes corporações européias estão transportando seus novos negócios para fora do

continente (30 mundo) e não há nada que os governos europeus possam fazer.

Hoje, para empresas que operam em escala mundial, a origem da tecnologia, da matéria prima e do trabalho não tem a menor importância, desde que seu custo seja baixo e sua qualidade alta. Assim obtêm não só maiores lucros, mas melhores condições para enfrentar as crises trabalhistas; sobretudo nos países do terceiro mundo, onde os governos locais se encarregam de reprimir os sindicatos, as organizações populares e suas manifestações. A vantagem econômica dos países industrializados tem aumentado também graças a redução da dependência de matérias primas de fonte única, gerada pelo maior dinamismo das relações comerciais.

Com isso, o aumento vertiginoso do desemprego pode gerar nos próximos anos uma crise social de proporções nunca vistas. Com a economia sendo cada vez mais internacionalizada, os conflitos também se generalizam. Só para se ter uma idéia, a Alemanha está com a taxa de desemprego mais alta desde a II Guerra Mundial (Antenor Nascimento Neto, 1996). O desemprego também atingiu 23% da população economicamente ativa na Espanha, e "... atinge agora os níveis mais elevados desde a grande depressão dos anos 30" de acordo com o especialista americano Jeremy Rifkin, no seu livro *O Fim do Emprego*. O mercado de trabalho deixa espaços cada vez maiores para o crescimento da economia informal, que vem se transformando na forma "moderna" de ajuste do mercado (moderna porque se produz em um contexto de modernização capitalista).

Outra conseqüência desastrosa da investida neoliberal e do conseqüente processo de globalização está no desaparecimento das fronteiras nacionais. Os governos não conseguem mais deter os movimentos do capital internacional. Essa hegemonia do capital financeiro internacional toma-se uma faca de dois gumes, na medida em que vem mascarar as reservas cambiais nacionais criando uma falsa ilusão de que são sólidas, quando na verdade o que se tem de fato é têm aumentado muito os seus índices de automação. A maior velocidade no processo de fabricação garante menores custos e, conseqüentemente, a possibilidade de colocar o produto no mercado com preços mais reduzidos, liquidando ainda mais postos de trabalho.

Por incrível que pareça, uma legislação que protege e encarece o trabalho, tem levado ao aumento de desemprego nos países que adotam essas garantias, já que são provavelmente excluídos de muitos projetos de investimento. Ficou tão dispendioso contratar um trabalhador europeu, com a sua pilha de benefícios, que as grandes corporações européias estão transportando seus novos negócios para fora do continente (30 mundo) e não há nada que os governos europeus possam fazer.

Hoje, para empresas que operam em escala mundial, a origem da tecnologia, da matéria prima e do trabalho não tem a menor importância, desde que seu custo seja baixo e sua qualidade alta. Assim obtêm não só maiores lucros, mas melhores condições para enfrentar as crises trabalhistas; sobretudo nos países do terceiro mundo, onde os governos locais se encarregam de reprimir os sindicatos, as organizações populares e suas manifestações. A vantagem econômica dos países industrializados tem aumentado também graças a redução da dependência de matérias primas de fonte única, gerada pelo maior dinamismo das relações comerciais.

Com isso, o aumento vertiginoso do desemprego pode gerar nos próximos anos uma crise social de proporções nunca vistas. Com a economia sendo cada vez mais internacionalizada, os conflitos também se generalizam. Só para se ter uma idéia, a Alemanha está com a taxa de desemprego mais alta desde a II Guerra

Mundial (Antenor Nascimento Neto, 1996). O desemprego também atingiu 23% da população economicamente ativa na Espanha, e "... atinge agora os níveis mais elevados desde a grande depressão dos anos 30" de acordo com o especialista americano Jeremy Rifkin, no seu livro *O Fim do Emprego*. O mercado de trabalho deixa espaços cada vez maiores para o crescimento da economia informal, que vem se transformando na forma "moderna" de ajuste do mercado (moderna porque se produz em um contexto de modernização capitalista).

Outra conseqüência desastrosa da investida neoliberal e do conseqüente processo de globalização está no desaparecimento das fronteiras nacionais. Os governos não conseguem mais deter os movimentos do capital internacional. Essa hegemonia do capital financeiro internacional toma-se uma faca de dois gumes, na medida em que vem mascarar as reservas cambiais nacionais criando uma falsa ilusão de que são sólidas, quando na verdade o que se tem de fato é dinheiro especulativo. As políticas neoliberais têm se apresentado como as mais capacitadas para atrair esse capital flutuante, de modo a financiar um "novo ciclo de desenvolvimento". O dinheiro volátil, gira pelos vários mercados financeiros mundiais, como o das bolsas de valores, do Câmbio ou dos juros. Essa situação tem levado ao reforço de atividades especulativas em detrimento de atividades produtivas, acentuando o caráter negativo do sistema capitalista. Como se não bastasse, apesar do capital volátil impulsionar negócios, ele só estaciona em países estáveis. Assim, transforma-se em um perigo para os países de economia fraca já que o controle da inflação não significa necessariamente a existência de uma economia forte. O próprio "desenvolvimento não se reduz a simples crescimento econômico. Para ser autêntico, deve ser integral" (Paulo VI. In: Populorum Progressio n.14 Editora Borges).

O exemplo mais marcante da perda do controle do movimento do capital externo foi o México que, no final de 94, quebrou quando o dinheiro volátil que lá estava fugiu.

É inegável também Que a retração das estruturas do capitalismo de Estado, tem gerado privatizações Que vêm desmontando instrumentos fundamentais de soberania dos países em desenvolvimento, reforçando e intensificando ainda mais a dominação imperialista sobre esses países Que já eram dependentes. Estes, são literalmente chantageados, tornando-se reféns da necessidade de criar condições vantajosas para a atração do capital itinerante dos mercados globalizados.

Além de várias outras conseqüências terríveis que ainda não foram enumeradas, uma das piores é o agravamento das desigualdades sociais e a polarização entre ricos e pobres. Enquanto alguns países andam mais depressa, regiões inteiras ficam para trás acentuando ainda mais o processo de exclusão, fragmentação e segmentação social. A iniquidade social decorrente da má distribuição de rendas só tem agravado este quadro, concentrando a fortuna no bolso de uns poucos e deixando bilhões de pessoas na miséria.

A título de ilustração, a população dos países desenvolvidos diminuiu de 26,2% em 1980 para 24,2% em 1990. Enquanto isso, concentrou maior parcela da riqueza mundial, pois em 1980 detinha 77,3% do PNB (Produto Nacional Bruto) mundial e passou a ter 83,1% em 1990. Em 1962, 20% da população mundial mais rica concentrava 30 vezes mais renda do que 20% da população mais pobre. Já em 1994, 20% dos ricos concentravam 60 vezes mais do que os mesmos 20% da população mais pobre (Cadernos do Terceiro Mundo, n. 188, p. 4, ago. 1996). Ainda de acordo com um estudo recente realizado pela ONU (Organização das Nações Unidas), cerca de um bilhão de seres humanos vivem em miséria absoluta, mais de um bilhão passa fome

e quase a mesma quantidade é analfabeta. O próprio BID, em dezembro de 1990, admitiu que "os governos impulsionaram grandes mudanças econômicas, mas uma vez mais as estruturas sociais permaneceram inalteradas e os programas de ajuste tenderam a agravar as desigualdades" (Cadernos do Terceiro Mundo, n. 188, p. 26, ago. 1995). Vê-se assim, que a estrutura econômica atual é incapaz de dar condições de vida para toda a população.

Em contrapartida, muitos países vêm se conscientizando desta realidade opressora, levando a gerar problemas nos processos de estabilização nas economias emergentes. As vitórias eleitorais dos ex-comunistas em países do Leste europeu e na Rússia, a greve contra a reforma previdenciária na França, a intensificação dos movimentos internacionais sindicais - como a FSM (Federação Sindical Mundial), CMT (Confederação Mundial do Trabalho) e CISL (Confederação Internacional de Sindicatos Livres), a greve geral de 36 horas que parou a Argentina no último dia 26 de setembro contra a recessão e a perda da legislação trabalhista; e mesmo a criação do Movimento em Defesa da Economia Nacional (Modecon) no Brasil, representam uma série de sinais pontuais de que as sociedades começam a reagir politicamente contra o neoliberalismo e o desmonte social patrocinado por ele (Fontes: Jornal Nacional, 26 set. Rede Globo e Cadernos do Terceiro Mundo. n. 188, ago. 1995).

4 - CONTEXTO NACIONAL

A inserção do Brasil nesta conjuntura econômica mundial, também ocorreu a partir da implantação das políticas neoliberais "sugeridas" por Instituições Financeiras Internacionais. Nota-se dessa forma, que o país não foge à regra do contexto mundial.

Foi mais precisamente com a posse do governo Collor, em 1990, que a ofensiva neoliberal efetivamente tomou corpo. Após o *impeachment* ela passou por um período de estagnação, mas foi retomada a todo vapor com a eleição de Fernando Henrique Cardoso em 1994.

É essencial observar de que maneira a economia brasileira vai se incluindo nesse contexto internacional, bem como analisar os objetivos da ideologia neoliberal propagada por FHC.

Já em seu discurso de posse o Presidente afirmou que "o grande desafio da presente situação brasileira é precisamente este: a inserção do Brasil no sistema produtivo internacional, para servir os interesses nacionais e populares" (Folha de São Paulo, 10/07/94). Só resta saber a quais "interesses nacionais e populares" ele se refere: se são os do Brasil ou das grandes potências que querem se aproveitar da situação. De qualquer forma, ele continua sua explicação sustentando ser necessário um "Estado reformado capaz de abrir-se eficazmente às pressões e aos interesses da população, especialmente da maioria de pobres que vive uma cidadania incompleta. "

Ai, criam-se novas promessas: privatizar, reformar o Estado, a Previdência Social como condições para que os mais pobres possam viver uma cidadania completa. Enquanto isso, a "massa" dos brasileiros recebe aposentadorias e pensões irrisórias depois de trabalhar 30 ou 35 anos, ao mesmo tempo em que os parlamentares privilegiados têm esses benefícios com, às vezes, apenas oito anos de mandato.

Para colocar em prática seus objetivos, a classe dominante vem

utilizando a mídia de uma forma indiscriminada, destruindo o que a população deveria possuir de melhor: seu senso crítico e sua dignidade. Na ideologia difundida por esta classe privilegiada, interesses particulares manifestam-se como se fossem de interesse geral, impedindo os grupos subalternos de visualizarem sua real situação e de exprimirem suas próprias aspirações. Fala-se do neoliberalismo e da globalização quase como se fossem acontecimentos "naturais", como se não tivessem sido decididos por mentes poderosas. De fato, um dos maiores êxitos do liberalismo contemporâneo neoliberalismo, consiste em haver ganho adeptos entre suas vítimas.

A TV (meio de comunicação e também de alienação, que utiliza a transmissão e recepção de imagens visuais) é inundada com o slogan de "Privatização Democrática - Apóie essa Idéia", tentando convencer a população do Brasil de que a solução das dificuldades será resolvida através de reformas e privatizações, o que não é verdade. Nada mais são do que uma forma de esconder os problemas estruturais do Estado.

Em seu programa de governo, "batizado" de "Mãos à Obra, Brasil", FHC prometeu acelerar as privatizações para abater a dívida pública, aumentar investimentos e ajudar na reforma do Estado. Com isso pretende-se modificar a Constituição, alterar leis e mudar hábitos para evitar o retorno da inflação descontrolada e estimular o crescimento da economia (ou pelo menos essa é a justificativa). Dessa forma, qualquer semelhança com as reformas neoliberais - receitadas pelos banqueiros internacionais - e a atual revisão constitucional brasileira, não é mera coincidência.

O governo atual vem propondo ao Congresso reformas de profunda mudança na estrutura social e política do país, as quais vão repercutir na vida de aproximadamente 157.827.834 brasileiros (estimativas oficiais da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - para 96). Assim, devido ao seu alcance, as reformas de emenda à Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, deveriam ser submetidas a um plebiscito, precedido de um amplo debate pelos meios de comunicação, para que o povo decidisse, pelo voto, se deveriam ou não serem postas em vigor. Contudo, o Governo nem chegou a cogitar essa possibilidade, em uma nítida atitude autoritária, apesar da oposição por meio de protestos e reivindicações populares.

Convém esclarecer que o Direito, como fenômeno social, não pode ficar indiferente às transformações que ocorrem dentro da sociedade. Também é salutar o controle da inflação e o crescimento da economia. É óbvia a necessidade de reformas, já que o estatismo brasileiro produziu burocratismo, corporativismo, rendas monopólicas privadas a partir de decisões públicas, ineficiência e estrangulamento da democracia. Hodiernamente também é verdade que não se justifica mais a presença do Estado em vários setores da economia onde o dinheiro público é gasto em obras e empresas estatais não prioritárias, mal dimensionadas ou desnecessárias, transformando-se num cabide de empregos, numa fonte de votos para os políticos e de poder para os burocratas. O Senado é um bom exemplo dessa falta de desprendimento de parentes e correligionários políticos, onde no ano de 1989, apenas 4% dos funcionários eram concursados, além do fato de que seis em cada dez eram parentes de senadores e ex-senadores (Casas de Escândalos, Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, p.10, 22 fev. 1989). Isto para não se falar da tendência a favorecer as zonas urbanas em detrimento das áreas rurais, da falta de capacitação governamental, da crescente corrupção e das estruturas verticais. A má administração pública só vem agravar este quadro com o "socorro" de bilhões de reais à bancos e empresas falidas; gastos desnecessários com sedes luxuosas, compra e aluguel de imóveis, decoração de gabinetes, etc; subsídios indevidos a setores da economia ou a grupos privilegiados de funcionários; além de mordomias (despesas

particulares) pagas com dinheiro dos cofres públicos. A primeira impressão é a de que em matéria de moralidade pública, tudo está por fazer. O que se pode esperar de um país onde o sistema é duro, cruel e intransigente?

Todavia. o Estado não pode sucumbir como principal agente da instituição e da garantia da ordem normativa e jurídica da sociedade. Ele deve reforçar, sob novas formas e alternativas, as suas funções básicas de promotor do bem-estar social e da sociedade de equilíbrio, com políticas positivas de garantia dos trabalhadores e dos direitos humanos. O Direito, como harmonizador das relações sociais intersubjetivas, também deve procurar se ajustar às mudanças e às novas realidades, sem deixar de ter como aspiração uma sociedade melhor e mais justa. Tanto o Estado como o Direito são ferramentas desta para que seja constituída de indivíduos felizes.

Entretanto. para "salvar" o capitalismo. o neoliberalismo parece estar disposto a sacrificar os direitos sociais conquistados a duras penas pela população. De uma garantia de liberdade e proteção, a lei parece estar se transformando em uma "camisa de força" para o indivíduo. Além de legítima. a lei precisa ser justa. De fato. nem tudo o Que é legal é justo.

Compete principalmente a nós - cientistas, professores, advogados, procuradores, magistrados, estudantes; assim como tantos outros profissionais do Direito - impedirmos que o Estado e a própria instância jurídica, tomem-se instrumentos ao serviço do desenvolvimento, do crescimento e da expansão, em lugar de estarem ao serviço da ordem e da segurança. Não constituímos meros expectadores de uma realidade jurídica exterior. Ao contrário, participamos ativamente do processo de construção da ordem jurídica, através de esforços incessantes na investigação, na interpretação e na aplicação do direito nos casos concretos (enquadramento de um fato na previsão de determinada norma). O operador jurídico nunca deve se esquecer de sua responsabilidade para com a sociedade, a qual deposita sua confiança naquele como mantenedor primordial do Estado Democrático de Direito ao qual todos nós pertencemos.

Estamos diante de uma contradição. Convivemos com uma moeda dita mais "valorizada" que o dólar, mas o salário não dá para atender as necessidades de subsistência da maioria da população brasileira. A Constituição Brasileira, determina em seu artigo 7º, inciso IV, que o salário mínimo para o trabalhador deve ser "*capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*"... dentre outros enumerados. No entanto, de acordo com a medida provisória nº 1.463-3 de 26/07/96, o salário mínimo atual corresponde a exatamente R\$ 112,00. Em outras palavras, seu valor diário corresponde a R\$ 3,73; ou se você preferir, a R\$ 0,15 a hora.

O Brasil, e principalmente o povo, vêm sendo sacrificados para manter sua economia estável. Enquanto o país é a décima economia mundial (seu PIB é o décimo entre os maiores do planeta), passa para a 63ª posição quando se trata de qualidade de vida de seus habitantes. De acordo com Gilberto Paim, professor de Economia da Universidade Estácio de Sá, a renda per capita dos brasileiros, embora bem maior que há 25 anos, ainda é relativamente baixa, US\$ 3.200,00 por ano. Só para se ter uma idéia, os 20 maiores latifundiários do Brasil, detêm 17 milhões de hectares, o que corresponde a aproximadamente 45% das terras. Só aqui no Rio Grande do Norte, por volta de 100 mil famílias de trabalhadores rurais ainda não têm terra para cultivar, enfrentando uma situação de penúria e retaliações por parte da Polícia Militar (O FÓRUM, n. 2, dez. 1995). Infelizmente o campo continua a produzir sangue e a terra a

gerar massacres.

Enquanto isso, FHC insiste em afirmar que "... o grande desafio do Brasil neste final de século: justiça social... Este será o objetivo do meu governo" (será?).

Com esse discurso demagógico o presidente continua a impor sua política neoliberal - ao tentar acabar com os monopólios, ao fazer concessões de serviços públicos, a agilizar as privatizações e reformas, etc - procurando atender a interesses externos, em nome da famosa "justiça social". As "portas" do país já estão abertas aos banqueiros de qualquer parte do mundo desde agosto de 1995, podendo comprar bancos privados, participar dos que já existem e abrir filiais ou agências no Brasil. Essa abertura do sistema financeiro só aconteceu porque o governo viu nela uma grande possibilidade de se livrar de problemas com bancos falidos, o que vinha arranhando muito a sua imagem. Com essa medida, o governo procurou ser "simpático" e ao mesmo tempo se livrar de problemas (Revista Veja, p. 99, 30 ago. 1995).

Outra Conseqüência desse modelo privatizador entrevista é o esfacelamento de Indústrias Nacionais e Estatais. Que vão sucumbindo aos poucos passando para o controle da iniciativa privada internacional. abrindo novas fontes de acumulação para os grandes grupos monopolistas privados. Com esse objetivo, o ministro das finanças do Reino Unido, Kenneth Clarke, veio ao Brasil no final do ano passado a fim de prospectar possibilidades de negócios para empresas britânicas na América do Sul, em especial no que diz respeito à privatização de serviços públicos. Essa "privatização do Estado" só vem aumentando a submissão do povo brasileiro cada vez mais aos interesses da classe social Que se encontra no topo. Lamentavelmente, uma legislação antipatriótica também tem permitido que grupos econômicos estrangeiros dominem em proveito próprio grande parte das riquezas naturais do Brasil. Para se ter uma noção desta desnacionalização das reservas minerais brasileiras, basta verificar as concessões de lavras (licenças para mineração) já concedidas. Ao contrário da tendência atual, deveríamos procurar dar cada vez mais prestígio força e autoridade para as empresas genuinamente brasileiras que realmente lutam pelo Brasil, e não pelo enriquecimento da fortuna dos estrangeiros.

Devemos considerar que a situação econômica é delicada, que a pobreza continua a se alastrar e que o ideal de melhoria social está cada vez mais longe; afinal de contas, "miséria e democracia não coexistem" (Herbert de Souza, o "Betinho").

Essas só são algumas conseqüências negativas. Infelizmente, ainda existem outras que vêm se somar a essas e aumentar este quadro caótico que se intensifica no Brasil.

O povo brasileiro precisa urgentemente se conscientizar dessa realidade camuflada que continua atendendo a interesses variados que só visam a exploração do país. Não podemos continuar aceitando o absurdo como coisa normal.

Será que "Para tomar consciência da necessidade de mudanças é também necessário ser sacudido pelos fatos. pelo encontro com a injustiça. pelos pobres em desespero"? (Pierre Imberdis e Xavier Perrim). Já é hora de assumir nosso destino por nossa conta, procurando desvendar o jogo de interesses que se esconde por trás dos discursos ideológicos propagados pelos detentores do poder econômico-político.

É preciso uma tomada de atitude que leve a pensar quem é que está se beneficiando mais com a reforma do Estado, antes que esse processo devastador privatize o país por completo, a ponto de não sobrar nada genuinamente brasileiro a não

ser o nome; **BRASIL**.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS E SOLUÇÕES

De todo o exposto, pode-se concluir que a ofensiva neoliberal tem direcionado o Brasil a um processo de "ilusão", onde o povo é levado a acreditar que a solução para as iniquidades está nas reformas. É imprescindível entretanto, perquirir as reais importâncias dessas reformas, e ter cautela para que destas modificações não decorram prejuízos irreparáveis para os cidadãos, acabando com o pouco que resta do país.

A estabilização da moeda e o controle da inflação têm sido mais importantes do que políticas de criação de empregos, melhorias na saúde, educação, habitação, etc. O neoliberalismo tem trazido a primeiro plano a palavra eficiência, e relegado a plano inferior a palavra equidade. Não devemos e não podemos nos enganar. Nos países subdesenvolvidos como o Brasil, os problemas de desenvolvimento não são somente econômicos: são ainda e sobretudo humanos. É necessário que os governos se empenhem a fundo para que ao desenvolvimento econômico corresponda o progresso social.

Tudo não passa de uma nova ideologia Que visa recriar velhas formas de acumulação e apropriação de capital, utilizadas no século XVIII, e que hoje são denominadas de neoliberalismo. Este, transformou-se em máscara por detrás da qual os interesses econômicos dominantes tiram proveito do poder político, fazendo com que os países mais desenvolvidos aumentem seu domínio, permitindo seu fortalecimento no cenário mundial.

Vale salientar que o Brasil não deve se fechar completamente num "ostracismo econômico-financeiro", a par do resto do mundo, o que fatalmente o levaria a um entrave e a um retrocesso no desenvolvimento tecnológico, agravando-se o atraso econômico, aumentando as dificuldades nos planos de emprego e de competitividade no mercado internacional. Nesse sentido, Luís Roberto Martins, presidente da EDS consultoria de São Paulo diz que "a indústria envelhece, fica incapaz de produzir coisas melhores e baratas, a inflação sobe e a capacidade de criar empregos cai" (Antenor Nascimento Neto. A Roda Global. Veia. Rio de Janeiro, 3 ab. 96).

Contudo, essa abertura de mercado deve se dar de forma gradativa. Antes o governo deve procurar fortalecer o mercado interno, acabar com a cartelização e com o monopólio de vários setores da economia (evitando uma concorrência imperfeita, onde o ofertante tem capacidade para influir ou controlar o preço), etc; e só então o país estará apto a se inserir no contexto mundial com as mesmas chances. É preciso uma globalização (não me refiro àquela da TV) sem exclusão. Em seu artigo 219, a própria Carta Magna preza que o mercado interno "será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País" Contudo o concreto é muitas vezes o inverso daquilo que as idéias dominantes manifestam.

Você já parou para pensar se no último dia 7 de setembro comemoramos 147 anos de independência ou, por outro lado, foram mais 147 anos de subordinação, domínio, exploração, interferência, sujeição e manipulação?

Cabe à todos nós, e principalmente à população mais esclarecida, o dever de defender os interesses nacionais e sociais que vêm sendo usurpados, como também conscientizar o resto da população. Devemos reagir contra o simples desmantelamento do Estado, propondo reformas modernizadoras que aumentem a

eficiência e que resgatem sua função de promotor da justiça social. Quero nossa nação soberana, independente, autônoma, livre de qualquer laço ou compromisso opressor, senhora de suas próprias ações; um Brasil "belo, ... forte, impávido colosso". (Joaquim Osório Duque Estrada).

Para isso o Estado não deve retirar-se totalmente da economia, procurando utilizar políticas econômicas eficazes para que a classe mais rica possa estender os benefícios da saúde, da educação e da previdência pública aos excluídos, sem que o próprio Estado se tome um peso demasiado para a sociedade, possibilitando assim o acesso do povo à cidadania.

Partindo desse pressuposto, justifica-se a intervenção do Estado de uma forma complementar, assumindo funções corretivas (para o controle de distorções e desequilíbrios do mercado), supletivas (para ocupar espaços não preenchidos pela iniciativa empresarial privada, por omissão ou incapacidade) e coordenativas (para balizar a ação econômica da sociedade). Também é importante a coexistência da propriedade privada e estatal dos meios de produção, procurando conciliar o interesse público com o interesse privado. Contudo, a iniciativa empresarial deve ser mantida sob vigilância do Estado, que tem por escopo preservar o bem comum. Assim, a adoção de uma espécie de intervencionismo moderado é salutar, um meio termo entre a liberdade econômica absoluta e o total controle do Estado sobre a economia, sendo sempre este fiscalizado pela nação.

Nação esta que tem obrigação de contribuir, não apenas com denúncias. Ser cidadão não é acomodação. É participação. A cidadania tem que ser permanente; a nós cabe fiscalizar, agir, pressionar, cobrar - a cada momento e sempre.

O desejo do povo deve ser conjugado ao enorme potencial econômico do país, só assim os maiores problemas poderão ser ultrapassados. É um desafio a longo prazo, afinal de contas são quase 500 anos de exploração, mas que é possível se unirmos nossas forças, "Por que esperar se podemos começar tudo de *novo*/ Agora *mesmo*/ A humanidade é desumana/ Mas ainda temos chance/ O sol nasce para todos/ Só não sabe quem não quer". (Dado Villa-Lobos/ Renato Russo/ Marcelo Bonfá)

Temos que ter propostas políticas próprias para grandes temas nacionais no campo social, como por exemplo a educação e a reforma agrária que estão tão em evidência hoje em dia.

Quando não fornecemos ao indivíduo a condição de construir a si mesmo ("*constructor sur*"), não podemos esperar que se construa sadiamente. Em contrapartida, um povo educado toma-se mais esclarecido e informado da sua real situação, fazendo com que deixe sua apatia de lado e se organize para exigir seus direitos. Quanto mais desenvolve sua educação, quanto mais assimila e analisa conhecimentos e experiências, mais reflete o indivíduo sobre o processo em que está imerso, tomando-se mais politizado (questionador) e mais reflexivo (autoquestionador).

O governo contudo, não tem interesse em proporcionar uma educação de qualidade. O Brasil tem hoje, a terceira maior taxa de evasão escolar do mundo, atrás somente do Haiti e Guiné-Bissau, causada em grande parte pela necessidade dos menores reforçarem o orçamento familiar (são cerca de sete milhões e meio de crianças e adolescentes entre 10 e 17 anos). O número de analfabetos ultrapassa atualmente os 17 milhões, ou seja, mais de 16% da população acima de 14 anos. Estima-se que no ano 2000 esse número poderá chegar aos 23 milhões, representando uma população que, supõe-se, será em torno dos 180 milhões (Brasil, o livro dos 500 anos. p. 112, São Paulo, 1996). Assim, uma grande parcela não tem acesso à educação, constituindo apenas mão-de-obra barata, massa de manobra política e da mídia. Esta triste realidade

não é novidade, apesar da educação receber na Constituição atual um tratamento bem mais detalhado que nas anteriores.

Dentre os princípios que tratam do tema, podem-se destacar a gratuidade do ensino público, a valorização dos profissionais do ensino e a garantia do padrão de qualidade (art. 206, incisos IV, V e VII respectivamente). Contudo, por que será que o ensino privado se prolifera, os professores da rede pública são mal remunerados, e os alunos reclamam das condições educacionais?

Vê-se o caso das Universidades por exemplo: a Universidade Privada está sendo "comprada" por parte da sociedade que não consegue vaga ou teme a competição para o ingresso na Universidade Pública, como a solução para o ensino superior, quando sabe-se que 80% de todos os estudantes universitários brasileiros entram na rede privada, porém 60% de todos os formados saem é da rede pública. Das 873 entidades existentes no ensino de 3º grau, apenas 25% são públicas (op.cit.p.). O mais grave ao se pretender tirar do Estado a responsabilidade pela Universidade Pública é que além da maioria não poder pagar a escola privada, o fato da Universidade não precisar se submeter a um mercado periférico, ajuda a garantir a independência do próprio país, constituindo uma frente fundamental ao desenvolvimento.

A reforma agrária também vem responder ao interesse pátrio, do Brasil e de toda a sociedade, uma vez que sua efetivação representa avanço econômico e social. Só a pequena propriedade familiar, atende a 75% do consumo nacional. Todavia, não basta dar terras. Da mesma forma, é preciso um apoio governamental dando condição para sua concretização. O país deve fortalecer suas administrações, estimular as empresas de base e os pequenos agricultores para garantir um desenvolvimento de baixo para cima e aprofundar as instituições democráticas.

Essas, só foram algumas condições enumeradas, para se reverter esse quadro de abandono em que se encontra a maioria da população, que é quem sofre as piores consequências desse descaso. Infelizmente, são comuns entre nós as leis que ficam apenas no papel, enquanto o mundo real segue outras normas.

Só a partir da exigência de seus direitos, é que o povo estará apto a readquirir sua cidadania, já que como disse Renato de Oliveira, candidato a presidência da ANDES (Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior), "direitos não defendidos, são direitos perdidos".

Destarte, justifica-se a mensagem deixada pela Declaração Final da IX Conferência Continental Americana de Juristas, realizada em Porto Alegre no ano de 1991: "O neoliberalismo busca destruir os fundamentos do trabalho. A crise provocada pelas classes dominantes não pode servir de argumento para chantagem internacional, com a conseqüente agudização das desigualdades sociais e a perda pelos trabalhadores de suas conquistas através da preterida flexibilização das normas laborais".

Apesar das previsões pessimistas, ainda não é tarde demais: "Não existe um mundo pronto e acabado, no qual o homem seja uma criatura passiva. Existe o mundo que o homem faz, em que ele está e transforma. Mesmo aquele que nada faz para mudar está fazendo o mundo ... um mundo irremediável".

Só resta esperar, que nós brasileiros reflitamos a respeito da ofensiva neoliberal em que estamos nos inserindo, pesando bem os prós e os contras, a fim de evitar que o país seja levado a um caminho de consequências nefastas. Se queremos amenizar as injustiças, melhorar os serviços públicos, dar melhores perspectivas ao

Brasil objetivando um desenvolvimento auto sustentado; já é hora de acordar esse "Gigante pela própria natureza (...) Deitado eternamente em berço esplêndido" (trechos do Hino Nacional Brasileiro), procurando analisar a gravidade dos problemas sociais e das verdadeiras causas de cada um, unindo nossas forças como resultado de uma vontade nacional, agindo principalmente, e antes de tudo, como cidadãos conscientes.

Aí, quem sabe um dia o preâmbulo da Constituição Federal se tome realidade, quando todos nós vivermos em "... um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a Igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRE, Raymond. Manual de economia política. Rio de Janeiro: Fundo de cultura, 1957.v. 1.

CADERNOS DO TERCEIRO MUNDO. v. 21, n.188. Rio de Janeiro, Ed. Terceiro mundo, ago. 1995.

CANO, Wilson. Brasil: crise e alternativas ao neoliberalismo. O Poti. Natal, 20 ago. de 1995.

CARDOSO, Otomar Lopes. A diplomacia do subdesenvolvimento. Natal: UFRN,1979.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. Rio de Janeiro: Bloch, 1988.

DUARTE, Gleuso Damasceno; ANDRADE, Durval Ângelo. Novo Brasil. agora! 3. ed. Belo Horizonte: Lê, 1992.

FERNANDES, Luís. Os fundamentos da ofensiva neoliberal . Conferência Nacional do PC do B, 8. (texto fotocopiado).

GENOINO, José. O neoliberalismo na contra prova. Folha de São Paulo. São Paulo, 2 jan. 1996.

KANTZ, Ayrton. Jornal da Chapa 3 (s.n.t.).

LIMA, Leonardo P. Dicionário enciclopédico comercial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. Lisboa: Estampa, 1994.

NASCIMENTO NETO, Antenor. A roda global. Veia. Rio de Janeiro, 3 ab. 1996.

NEVES, Marcelo. Encontro Regional dos Estudantes de Direito - ERED, 13, Campina Grande, 1996 (palestra proferida - professor da UFPE).

O FÓRUM. Órgão Informativo do Fórum dos Servidores Públicos, v.1, n. 2, dez 1995.

PATÚ, Gustavo; DIAS, Otávio. Folha de São Paulo, 30 dez. 1995.
REVISTA DO MERCOSUL. Rio de Janeiro: Ed. Terceiro Mundo, n.31, ago. de 1995.

REVISTA JURÍDICA IN VERBIS. v.2, n.3. Natal: Ed. Nordeste, 1996.

REVISTA VEJA. 11 de janeiro de 1995.
_____. Terreno livre - país se abre aos bancos estrangeiros. 30 de agosto de 1995.

RODRIGUES, Leôncio Martins. O furacão neoliberal. Folha de São Paulo. São Paulo, 4 set. 1995.

RODRIGUES NETO, João; TEIXEIRA, Rosenez de C. Neoliberalismo para o terceiro mundo. O Poti. Natal, 23 jul. 1995.

_____. Desindexação: as duas faces do plano real. O Poti. Natal, 23 jul. 1995.

_____. Plano real: por quem os sinos dobram. Gazeta do Oeste. 4 set. 1994.

_____. A conjuntura econômica e o mercado de trabalho. Diário de Natal. 7 jun. 1996.

VICENTINO, Cláudio; SCALZARETTO, Reinaldo. Nova ordem internacional.

AUTORIDADE COATORA EM MANDADO DE SEGURANÇA - ANÁLISE COM BASE EM CASO CONCRETO

*Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz
Acadêmica do 8º período do Curso de Direito UFRN
Monitora da disciplina de Direito Civil VI - Direito de Família*

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o advento da Medida Provisória nº 1415/96 e suas reedições, que, dentre outras determinações, instituiu contribuição previdenciária para os servidores inativos da União Federal, é grande o número de Mandados de Segurança impetrados pelos aposentados, alegando a ilegalidade dos descontos nos seus proventos.

Grande valia possui a análise do mérito da questão, porém nos ateremos ao aspecto que tange à parte passiva da Ação.

Anteriormente à análise que se seguirá, são necessários alguns conceitos e breves considerações.

MANDADO DE SEGURANÇA

Garantia Constitucional que é, usando as palavras do Mestre Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, “o mandado de segurança é remédio constitucional emanado do direito público e destinado a proteger direitos líquidos e certos violados pela autoridade pública”, desde que estes não sejam amparados por habeas corpus ou habeas data.

Pode ser ação de cognição constitutiva, declaratória ou condenatória.

Por direito líquido e certo entende-se o incontestável, com fato certo e legalmente fundamentado. Segundo Castro Nunes, “se a norma de direito positivo, incidindo sobre fatos incontroversos, criasse um direito, teríamos caracterizado, então, o

direito líquido e certo". Jurisprudência (desde o Supremo) e doutrina predominantes, hoje em dia, entendem, como direito líquido e certo para fins de segurança, aquele que pode ser objeto de prova pré-constituída, porque o rito especialíssimo do mandado de segurança não admite dilação probatória.

Assim, a suposta lesão ou ameaça do direito deve ser pertinentemente provada quando da propositura da ação de segurança.

AUTORIDADE COATORA

Questão ainda bastante controversa é a de quem deve ocupar o pólo passivo na relação processual instaurada no Mandado de Segurança.

Primeiramente, é necessário que se faça a distinção entre autoridade pública e agente público. Este pratica atos meramente executórios, não tem poder de decisão, pois apenas cumpre ordem superior. Aquele possui poder decisório na prática dos atos administrativos.

Observe-se o dispositivo da lei nº 1533/51, art. 1º; §1º. *“Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entende com essas funções”*.

Deve-se considerar que os atos praticados por pessoas ou instituições particulares, cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, não são passíveis de Mandado de Segurança pois não estão desempenhando atividade delegada; é o entendimento extraído da Súmula 510 do STF.

Tomando como exemplo a educação, um direito público subjetivo, para que uma instituição particular de ensino seja passível de Mandado de Segurança, é preciso que o seu responsável pratique ato ilegal ou abusivo, no tocante, especificamente, à violação do direito citado, como, por exemplo, recusar-se, inexplicadamente, a aceitar aluno, o que não seria cabível se fosse ato meramente de administração interna.

Assim sendo, autoridade coatora é quem praticou ação ou omissão, ferindo o direito líquido e certo do impetrante, devendo excluir-se o que apenas recomenda e estabelece normas para a execução ou abstenção.

Apesar de divergentes as linhas de pensamento, tome-se como predominante o entender de Hely Lopes Meirelles, segundo o qual a impetração deve *"ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário"*, discordando assim das considerações de Pontes de Miranda nas quais o coator é o executor da ordem, salvo em prática de ato por obediência a ordem direta.

A autoridade coatora, então, é aquela que possui competência e instrumento jurídico que a habilita a desfazer o ato, desde que lhe determine o Judiciário.

Portanto, se o executor da ordem não possui esses meios, afastado está do pólo passivo, a não ser que, além de ordenador seja ele, também, o executor.

CASO CONCRETO

Passando agora para a problemática atual, tomemos o exemplo citado no início deste trabalho.

Recentemente, foi impetrado *writ* contra ato de autoridade do Secretário de Recursos Humanos do Tribunal Regional Eleitoral no Rio Grande do Norte, alegando a ilegalidade do ato.

O caso merece análise. Observe-se a seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. AUTORIDADE COATORA. Autoridade Coatora no mandado de segurança é aquela que tem a responsabilidade funcional de defender o ato impugnado. Nos mandados de segurança preventivos que visam a inibir lançamentos de ofício a propósito de tributos por homologação, essa autoridade é o chefe do Órgão em que está lotado o agente fazendário que pratica os atos de fiscalização. 2. ERRO NA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. Se a impetração for mal endereçada, vale dizer, se apontar COIIIO autoridade coatora quem não tem a responsabilidade funcional de defender o ato impugnado, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Recurso ordinário improvido". Recurso em Mandado de Segurança nº 4897-6 _ SP, Rei. Min. Ari Pargendler, DJU 09.10.95, Seção I, p.33.536).

Trazendo o raciocínio para o caso sob análise, atente-se também, para o art. 96 da Constituição Federal, que diz o seguinte:

"Compete privativamente:

J - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva";

Portanto, é cristalino que os TRE's são dotados de autonomia administrativa.

In casu, os descontos foram determinados pelo Presidente do órgão, que é o ordenador de despesas, segundo as informações processuais fornecidas nos autos.

Assim sendo, não pode o secretário de recursos humanos do tribunal ser responsabilizado por cumprir ordem a que está hierarquicamente submetido, pois,

mesmo que assim o desejasse, não seria competente, por ser mero executor material. O Presidente do TRE, sendo o ordenador de despesas, assume a responsabilidade e deveria estar no pólo passivo nesta demanda judicial.

Este caso é deveras específico, pois a questão relacionada aos tribunais diverge de outras situações onde seria possível responsabilizar o chefe do setor de recursos humanos, haja vista a possibilidade de delegação de responsabilidade dentro da estrutura administrativa do órgão.

Há, também, a situação dos quadros de pessoal das autarquias e fundações públicas do Poder Executivo da União e administração direta, gerenciada por um órgão ligado ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - MARE (Lei 9.082/95, art. 36; Medida Provisória 1342/96, art. 14, alínea "f"; Decreto 1412, de 07/03/95, e Portaria 978, de 27/03/96, do MARE. Aqui, observa-se a retirada da competência para o MARE e a respectiva autoridade coatora, não para o executor material da ordem.

Para fins de competência, antes de dirigir-se ao caso em tela, é mister esclarecer que a fixação do juízo competente independe da natureza do ato. Deve ser levado em conta a sede e categoria funcional da autoridade. Acrescente-se que o fato de o Mandado ser impetrado, por exemplo, perante as Justiças Trabalhista ou Eleitoral, não modifica a sua denominação, posto que é regido pelas mesmas normas e a diferente competência não modifica a essência do instituto.

Deve então, neste caso objeto de nossa análise, o *writ* ser impetrado perante o próprio TRE, contra seu Presidente, em face da autonomia administrativa, pois competente é a sede funcional a qual pertence a autoridade coatora.

Finalizando, a solução neste Mandado é a extinção do processo sem julgamento de mérito, posto que a autoridade foi erroneamente apontada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COGAN, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO - "Mandado de Segurança na Justiça Criminal e Ministério Público" - Saraiva, 2ª edição - São Paulo, 1992.

DANTAS, MARCELO NAVARRO RIBEIRO - "Apontamentos sobre Mandado de Segurança" - Editora do Rio Grande do Norte - CERN Natal/RN, 1984.

FERRAZ, SÉRGIO - "Mandado de Segurança (individual e coletivo), Aspectos Polêmicos" - Malheiros, 2ª edição - São Paulo.

MEIRELLES, HEL Y LOPES - "MANDADO DE SEGURANÇA - Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data" - Editora RT, 13ª edição, São Paulo, 1992.

VELLOSO, CARLOS MÁRIO DA SILVA - "Conceito de Direito Líquido e Certo" - em Curso de Mandado de Segurança.

Pareceres em Mandado de Segurança:

PINHEIRO FILHO, FRANCISCO XAVIER - Procurador Regional da

República no Rio Grande do Norte, Processo nº 96.0006286-2, setembro de 1996.

TEIXEIRA, ANTÔNIO EDÍLIO MAGALHÃES - Procurador da República no Rio Grande do Norte, Processo nº 96.0006645 - O, outubro de 1996.

É A JUSTIÇA A REAL META DO DIREITO?

Roberto Di Sena Junior

Acadêmico do 2º período do Curso de Direito da UFRN.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de respondermos à pergunta, aparentemente simples, acima proposta, devemos abordar temas que nos forneçam o embasamento teórico necessário à correta solução dessa questão. Primeiramente, devemos saber o que o Direito é, para, em seguida, podermos especular sobre qual é sua finalidade. Essa é uma tarefa extremamente complexa visto que muitas são as definições e acepções da palavra DIREITO; não obstante a isso, tentaremos ultrapassar esse tópico sem muitas controvérsias, se é que isso é possível (*Definitio est initium omni disputationis*).

O CONCEITO DE DIREITO

Mesmo salientando que uma única definição é incapaz de revelar todas as diversas facetas da palavra DIREITO, Paulo Nader tenta defini-lo como *sendo "o conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo critérios de justiça"*. Este conceito, do meu ponto de vista, é deveras peculiar, haja vista explicitar a finalidade do Direito e o meio (o único, salienta-se) através do qual este pode ser concretizado. Outro conceito que merece ser destacado no presente artigo é Dante Alighieri, no qual ele diz: *"jus est realis al personalis hominis ad hominem proportio, qual servata societatum servate. corrupta*

corrupti"¹. Em ambos os conceitos, nota-se a relação direta entre Direito e o estabelecimento da ordem e a manutenção da paz social. Contrapondo as colocações anteriores, poderia ser invocada a definição do famoso jurista Celso, para o qual o "*Direito é a arte do bom e do justo*". Essa definição, entretanto, soa-me por demais abstrata e para isso há uma explicação: os romanos, assim como os gregos, não diferenciavam Direito, Moral, Religião e Regras de Trato Social, diferentemente, do que acontece contemporaneamente. Este posicionamento, por muitos, de caráter positivista, explico, entretanto, que não o é, pois os adeptos desta corrente limitam o conceito de Direito àquilo que está conforme a lei (*jus = lex*), ou seja, ao que é lícito, relação esta cujos enunciados acima não se propõem a fazer.

Transpondo a fase da definição de Direito, que, certamente, muitos discordarão do que foi anteriormente exposto, passemos para o segundo, porém mais controvertido item.

A ABSTRAÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA

Muito se fala sobre a justiça e de sua importância para o Direito, porém quando se trata de defini-la quase sempre se recorre a enunciados abstratos e, de certa forma, inaplicáveis à concretude da realidade cotidiana.

A concepção clássica, geralmente invocada pelos juristas atuais, foi formulada por Ulpiano na Roma antiga. Para ele a "*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum unque tribuendi*"². Sabe-se, entretanto, que esta é uma visível, expressão da separação social das classes entre dominantes e espoliados. Assim explica o jurista João Mangabeira: "*porque se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que isto é o que é deles (...)*". Se este conceito não serve para definir a justiça seria, então, o de Aristóteles o ideal? A saber: "*a justiça é a observância do meio termo, ... enquanto a injustiça se relaciona com os extremos*". Como poderíamos pôr em prática tal concepção? Muitos condenam a pena de morte, qual seria, então, o meio termo para a solução deste conflito? O que seria justo nesse caso?

Isto posto vemos a justiça, por ser uma idéia abstrata (inatingível) não pode ser o fim de uma ciência concreta como o Direito, que regulamenta a vida de todos os indivíduos de uma sociedade. A justiça, tal qual sua real influência que exerce sobre o Direito, poderia ser, então, de forma mais plausível e concreta, definida como sendo o respeito pelas expectativas compreendidas na vida em sociedade na qual cada ser humano tenha a possibilidade de desfrutar de existência social e econômica completa e igual. Devemos, entretanto, atentar para o fato de que, como disse Rousseau, "*à falta de sanção natural, são vãs as leis de justiça entre os homens*". Cabe aos juristas, então aplicar LEGÍTIMAS³ através de meios justos para se atingir a meta do Direito, o fim para o qual este foi criado, a segurança e a manutenção da paz social, sem as quais os

¹ "Ou seja: Direito é a proporção real e pessoal de homem para homem que, conservada, conserva a sociedade e que, destruída, a destrói."

² "Isto é: "justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu".

³ A legitimidade das leis é um assunto de importância salutar que, no entanto, não nos interessa diretamente.

seres humanos não poderiam satisfazer seu "*appetitus societatis*". Explicando que a manutenção da ordem e da paz não implicam necessariamente na manutenção do "*status quo*", o qual sendo injusto deve, certamente, ser alvo implacável do Direito, a fim de sua superação.

A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança, com a conotação acima exposta, não pode ser compreendida meramente como a existência de uma ordem jurídica, isto é, o conhecimento do que é lícito e ilícito. Está em seu mais amplo sentido, haja vista o nível social alcançado pelo homem, não é só um fato, é também, sobretudo, um valor.

A preservação da paz social deve ser a meta do Direito, posto que foi com essa finalidade que ele foi criado; não podemos, é claro, chegar ao extremo de compartilhar da opinião de Goethe que disse: "*prefiro a injustiça à desordem*". A segurança plena é necessária, mas ela só se sustenta se erguida sobre os firmes alicerces da justiça.

Concordamos, portanto, com o jurista cubano Camus, quando disse que "entre justiça e segurança existe uma mútua compenetração, sendo de absoluta necessidade a coexistência de ambos para o desenvolvimento ordenado de uma sociedade civilizada".

O homem não é auto-suficiente, nem no plano material, nem no espiritual. Ele é um animal extremamente inseguro e dependente, sendo a segurança e a estabilidade uma aspiração comum a

todos indistintamente.

É este, portanto, o grande dilema do Direito, a conciliação entre justiça e segurança plena, não se podendo conceber esta sem aquela.

CONCLUSÃO

Chegamos, então, à conclusão de que o Direito, tendo em vista sua determinação histórico-social, tem por escopo a manutenção da paz e da ordem sociais, sendo a justiça o ÚNICO MEIO através do qual este objetivo pode ser alcançado de forma plena e duradoura. O Direito surgiu naturalmente como uma necessidade para que os homens pudessem viver em sociedade, sendo sua função limitar a conduta de indivíduos que eventualmente possam colocar em risco a pacífica coexistência coletiva. O Direito, assim como o Estado, surge como garantia jurídica, social e política contra o medo que os sujeitos sociais têm dos outros sujeitos sociais, os quais através de contrato firmado mutuamente entre si abdicam de certos direitos individuais em prol da satisfação de sua natural necessidade de viver em sociedade. A inexistência do Direito nas sociedades modernas teria por consequência a regressão do homem a seu mais baixo nível de civilidade, no qual eles viveriam num estado como o descrito por Hobbes, de "*bellum omnium contra omnes*" visto que só consegue realizar seu destino moral quando inserido numa sociedade. Isto posto vemos que, apesar de bela, a idéia de ter a justiça como finalidade do Direito é meramente ideológica. É claro que, estando o Direito inserido no campo das ciências sociais, onde nenhum conhecimento pode ser tido como absoluto, as opiniões contidas neste artigo são perfeitamente passíveis de contestação, não se tomando, apesar disso, inválidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. (Trad. KURY, Mário da Gama). 2 ed. Brasília: Eunb.

BEVILÁQUA, Clóvis. Obra filosófica II - Filosofia social e jurídica. São Paulo: Edusp, 1975.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. O Que é Direito. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. MENEZES, Djacir. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PLATÃO. A República. (Trad. PEREIRA, Maria Helena da Rocha). 3 ed. São Paulo: FCG.

POUND, Roscoe. Justiça conforme a lei. São Paulo: Ibrasa, 1965.

REALE, Miguel. Noções preliminares de Direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social e outros escritos. 4 ed. São Paulo: Cultrix.

COMENTÁRIOS À LEI QUE REGULAMENTA A PRODUÇÃO DE PROVAS MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES

ROSSANA DE AR4ÚJO ROCHA
Acadêmica do 6º Período do Curso de Direito da UFRN

INTRODUÇÃO

Depois de quase oito anos de vigência da mais recente Constituição Federal brasileira, foi publicada, no Diário Oficial da União de 25 de julho do corrente, a Lei na 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5.^o dessa Carta Magna.

O inciso do qual a lei se refere tem aqui a sua redação:

"Ar/. 5.º ...

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"¹.

A regulamentação desse inciso define as hipóteses e formas em que poderá ser violado o sigilo de comunicações telefônicas, que, por sinal, a lei incluiu outros tipos que não estão previstos no inciso, para o colhimento de informações ligadas ao fato delituoso, que poderão servir como provas que atendam os objetivos de uma investigação criminal ou instrução processual penal.

Esta lei possui certa relevância, pois antes de ter entrado em vigor, muitos dos magistrados se sentiam desconfortáveis ou se viam impossibilitados em autorizar tal produção de provas, o que dificultava intensamente o trabalho daqueles que defendem toda uma sociedade contra atos criminosos de certos indivíduos, apesar da existência de doutrina e jurisprudência favoráveis.

¹ Constituição Federativa da República do Brasil de 05 de outubro de 1988.

Prestando maior atenção no que já foi dito, é valioso notar, que os nossos atuais legisladores se preocuparam em incluir e proteger os novos tipos de comunicações provenientes de avanços tecnológicos que chegam constantemente ao nosso país, quando incluíram a "... *interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática*" (art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96) ao lado das comunicações telefônicas. Vejamos o artigo mencionado.

"Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. o disposto nesta Lei aplica-se à interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

Ocorreu, desse modo, uma evolução no pensamento dos legisladores, pela precisão de suprir as necessidades decorrentes dos novos tempos. Portanto, conclui-se, a partir dessa evolução, que os legisladores constitucionais não contavam com o rápido avanço tecnológico, especificamente o da Informática e da Telemática, cujo grande expoente atual é a Internet, a nova coqueluche mundial em termos de comunicação, que chegou em nosso país no ano de 1992, abrangendo apenas o meio acadêmico, e que somente enveredou-se no âmbito comercial, a partir do ano de 1995. Sem falar em outras formas de comunicação via sistemas de computador.

Vale lembrar que no inciso XII do art. 5º da nossa Lei Maior, somente as comunicações telefônicas poderiam ser passíveis de interceptações para a produção de provas, mediante autorização judicial. Exceção identificada na parte em que o legislador escreveu "... *salvo em último caso,* "....

Porém, muitos podem afirmar que a Lei 9.296/96 é inconstitucional, por não estarem previstas a Informática e Telemática, no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Mas se pensarmos bem, a informática e a Telemática podem ser consideradas como ramificações das comunicações telefônicas, por poderem utilizar a via telefônica para efetuar os seus transportes de informações.

A Internet e o fax, por exemplo, necessitam do canal telefônico para poderem executar suas funções de comunicação.

Desse modo, estaríamos regredindo ao limitarmos a nossa compreensão em relação ao que está precisamente escrito no inciso constitucional, entendendo que só as comunicações telefônicas tem o "status" de exceção.

Outrossim, não se deve entender como uma agressão à nossa Lei Maior o fato de terem sido incluídas novas espécies de comunicação, mas sim como uma complementação necessária, para não fincarmos os pés, de vez, na idade da pedra, em relação ao resto do mundo.

Omissões à parte, a discussão sobre a exclusão das outras formas de comunicação previstas no inciso constitucional, em relação a possibilidade de sofrerem quebra justificável de sigilo, merece maiores reflexões em separado, devido a existência de complexidade peculiar. Portanto não serão aqui abordadas.

Feitos os devidos esclarecimentos, deparamo-nos com a discussão maior, que é o conflito de princípios, e, conseqüentemente, de direitos presentes em nossa

sociedade.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A discutida lei e o inciso que a fundamentou mereceriam maiores elogios caso não existisse o conflito entre dois direitos primordiais presentes em nossa sociedade, que são, o direito à intimidade e o interesse social.

Qual desses direitos julgamos o mais importante?

Tarefa difícil, somente facilitada quando se pode analisar cada caso específico. Procedimento não tão utilizado por nós.

Deve-se repetir que é louvável, em termos, o que está escrito tanto no dispositivo constitucional como na lei ordinária, cujas essências visam a proteger a individualidade de cada cidadão. Afinal, todos nós temos direito a usufruirmos de nossa própria intimidade. Precisamos dela.

Mas, temos o direito de valermos-nos desta como um esconderijo, ao prejudicarmos pessoas inocentes? Ai está caracterizado o impasse, pois se defende, e com razão, o direito de cada indivíduo proteger a sua intimidade em oposição à vontade de muitos, de terem ciência de atos e fatos que não lhes competem. Todavia, em contrapartida, faz-se imprescindível a notoriedade em relação a atos e fatos nocivos à sociedade, como também de quem os provocou para que sejam eficazmente anulados os prejuízos decorrentes de tais condutas.

Nesse último caso, falamos especificamente de todos que usam de meios criminosos para obterem vantagens às custas de um sem número de inocentes e que acabam tendo os seus atos e suas identidades acobertadas pela lei.

Esses não podem usufruir do direito à intimidade da mesma maneira que as pessoas de bem usufruem. Deve-se sacrificar, desse modo, a privacidade do criminoso a fim de que esse seja responsabilizado pelos seus atos.

Surge então uma nova pergunta: seria melhor proteger mil pessoas ou uma só?

Muitos poderiam argumentar que a Lei nº 9.296/96 foi elaborada com esse fim, ou seja, proteger os inocentes e chegar ao reconhecimento dos delinquentes, tendo como exemplo os arts. 20 "caput", e incisos, e 3.º "caput", e incisos, aqui apresentados;

"Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer das hipóteses;

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no

máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I- da autoridade policial, criminal; na investigação*
- II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal".*

Há de se concordar que somente nas hipóteses definidas em lei devam existir as possibilidades de efetuar tais interceptações, pois é inadmissível que qualquer indiscutível inocente, que poderia ser muito bem um vítima em potencial, sofra tal invasão, ou melhor dizendo, violência. Há ainda a concordância em relação às pessoas competentes que poderão efetuar esse tipo de operação. Além do mais, não podemos ficar do lado de "grampeadores", "hackers", "crackers" e qualquer outro tipo de invasor de privacidade.

Merece ressalva, porém, o que está disposto no inc. III do art. 2.º da mencionada lei, que proíbe as interceptações, se a infração penal que estiver sendo investigada for punida, no máximo, com a pena de detenção. Este inciso deve ser revisto pois, muitas dessas infrações penais são altamente lesivas, como por exemplo: a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139), a injúria (art. 140), a sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, §1º, inc. D), a violação de comunicação telegráfica, radiotelegráfica ou telefônica (art. 151, §, inc. II, III e IV), a fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante (art. 253), entre outras.

Mas, aonde está a verdadeira crítica específica sobre a Lei 9.296/96? Bem, muitos concordam que os maiores perigos são aqueles que não conhecemos ou compreendemos.

Segundo a lei, só poderão ser feitas interceptações nos casos em que crimes já tenham sido cometidos, mas em muitos a tentativa de interceptar informações importantes, para o enriquecimento de investigações criminais e investigações processuais penais, não mais possuem êxito, por cuidados vários que os autores dos crimes poderão tomar para não terem seus atos revelados ou serem eles próprios descobertos. Perde-se, desse modo, a eficácia de várias dessas tentativas pelo simples fato de não existirem vínculos que possam ser usados como provas.

A nova lei é definitivamente limitadora, não no que se refere às condições dos arts. 2º e incs., e 3º e incs., mas por faltar a ela o caráter preventivo e de proteção ao princípio da verdade real.

DO CARÁTER PREVENTIVO

Não é o objetivo apresentar aqui alguma "fórmula infalível" de se evitar

que futuros crimes sejam desarticulados. Fórmulas que são apresentadas como infalíveis merecem desconfiança. Mas devemos abrir os horizontes para refletirmos se o que foi determinado no passado está surtindo efeitos positivos no presente. Antes de mais nada, devemos observar o que está disposto na nossa Constituição, para ver se ajustes merecem ser feitos no tocante aos princípios conflitantes. Vejamos alguns exemplos de procedimentos existentes de alguns governos no que se refere a interceptação das telecomunicações nos seus respectivos países.

O governo norte-americano, através da NSA (National Security Agency) implantou um sistema de segurança de comunicação a partir de um programa de computador para identificar conversações na Internet que se referissem ao Terrorismo, guerras, tráfico de drogas, entre outros, com o intuito de que planos criminosos contra a Segurança Nacional fossem descobertos e desarticulados².

Já alguns usuários da "rede das redes", cansados de sofrerem constantes invasões de Privacidade, sentiram a necessidade de utilizar recursos da criptografia - técnica usada para transformar quaisquer tipos de informação, sejam eles um simples texto, imagens ou sons digitalizados, em símbolos ininteligíveis para pessoas que não têm autorização para visualizá-las -, como forma de garantir o sigilo de suas mensagens enviadas pelos canais inseguros e monitorados da Internet.

Trata-se de ferramenta de proteção indubitavelmente eficaz, em todo o mundo. Tanto é que vai de encontro aos interesses de países como a França, Iraque, Paquistão e Rússia, que proibem o uso de qualquer tipo de Criptografia pelos seus habitantes, dentro dos seus limites territoriais, como também em relação a qualquer comunicação entre esses e o mundo exterior³.

Entendem aqueles países que a criptografia é um empecilho ao monitoramento de mensagens, que poderiam conter Informações consideradas perigosas, isso talvez, devido aos fortes esquemas dessa tecnologia que tomaram impossível a decifração de tais mensagens e por conseguinte sua leitura e monitoração.

Pelos motivos expostos, o governo dos Estados Unidos da América proíbe a exportação de programas que contenham fortes esquemas de criptografia.

Podemos observar, portanto, exemplos reais dos conflitos entre os direitos individuais e os interesses comuns de uma nação.

Embora o cidadão, individualmente, sinta-se no direito de proteger a privacidade de suas informações, utilizando métodos como a criptografia, é dever dos governos em geral, combater atos criminosos em que sejam usados recursos das telecomunicações como meio de articulação ou que usem esses mesmos recursos como instrumento dessas ações criminosas.

Portanto, se métodos criptográficos forem utilizados, também, para favorecerem ações criminosas como a distribuição de material de pornografia infantil, via Internet, nunca o governo terá condições plenas de descobrir as peculiaridades de tal ação e se terceiros, no caso, menores, estão sendo explorados por pessoas que lucram com essa atividade ilícita.

O último grande incidente envolvendo o exemplo supracitado ocorreu recentemente, na Internet, envolvendo usuários espalhados por vários países, que

² SCHNEIER. Bruce. E-Mail Security. Wiley, 1995.

³ Informação adquirida via Internet. Listas de discussão.

receberam em suas caixas de correio eletrônico mensagens que ofereciam a aquisição desse tipo de material, insinuando nas primeiras linhas que tais pessoas eram consideradas apreciadoras de tal espécie de pornografia, afirmação essa, totalmente inverídica. Portanto, tais mensagens provocaram indignação em grande parte desses destinatários que decidiram telefonar para o Departamento de Polícia de Nova York. O FBI foi contactado e as investigações feitas por esse órgão descobriram o endereço eletrônico supostamente usado para enviar essas mensagens. Mas isso não significa que o esse caso já está concluído. As investigações continuam graças à política de proteção ao bem comum⁴.

Os exemplos são específicos para a Informática e Telemática, mas essas áreas não detêm, unicamente, os métodos de segurança preventiva. As comunicações telefônicas também podem dispor de proteção. Além disso, há a necessidade desses países de usar tais artifícios para proteger seus povos e territórios.

O nosso país não é obrigado a seguir fielmente esse tipo de procedimento, e sim adequá-lo, a fim de preservar a segurança de seu território e do povo brasileiro. Mas o que importa, em toda essa discussão sobre a violação ou não das comunicações, é a urgência em viabilizar operações preventivas a fim de desvendar planos criminosos e proteger a intimidade de pessoas inocentes, como mais um instrumento contra a criminalidade, que em relação a nossa sociedade, revela-se através de crimes como o seqüestro, o tráfico de entorpecentes, entre muitos outros.

Seria maravilhoso se todas as vezes em que houvesse a necessidade de se fazer as mencionadas interceptações, já existisse uma autorização judicial para validá-las. Mas o caráter temporal por muitas vezes influi no desenrolar dos fatos e na eficácia da ação esclarecedora.

DA PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

No que pertine ao princípio da verdade real, antes mesmo de esclarecê-lo, faz-se mister ter uma idéia do que seja o problema da admissibilidade da prova ilícita.

Por prova, numa genérica definição, entende-se que é o resultado da produção de um estado de clareza, de certeza, na consciência do juiz, para que seja indiscutível o entendimento, a conclusão da veracidade de um fato ocorrido e de quem o cometeu.

As provas ilícitas são uma espécie do gênero que a doutrina chama de provas inadmissíveis, cujo grupo também faz parte as provas ilegítimas.

As provas ilegítimas contrariam as normas de natureza processual, já as provas ilícitas contrariam as normas de natureza material.

Com maior clareza diferencia Nuvolone, quando afirma que, em relação as provas ilegítimas, "a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem pelo contrário as provas ilícitas, natureza substancial, quando embora sendo mediatamente também os interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do

⁴ Informação adquirida via Internet. "THE TOUR BUS" - Lista de discussão.

processo”⁵.

Devemo-nos ater com maior atenção em relação à prova ilícita, pois é essa a espécie usada para classificar, no caso em questão, as interceptações de comunicações telefônicas, de informática e de telemática, propositadas para servirem de meio que ajude ao magistrado, obter a conclusão pela veracidade do fato a ser julgado, como também do seu suposto autor, mas que não possuem autorização de juiz competente, na forma da lei.

As provas ilícitas, no tocante às interceptações, são assim definidas, quando da ausência de autorização judicial, havendo, portanto, a caracterização de atentado aos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, e por consequência, a sua intimidade.

Apesar de cumpridos os requisitos necessários para que se possa fazer a interceptação, a intenção de produção da prova, e consequentemente a sua admissibilidade pelo magistrado, esbarra na ilicitude caso Inexista prévia autorização judicial.

Então podemos nos perguntar pela ausência da aplicação dos princípios da liberdade de admissão da prova e o da verdade real, quando a autorização judicial não existir ou não tiver sido requerida a tempo.

Discorrendo sobre esse último, afirma Mirabete que, "com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criado por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc, tão comuns no processo civil”⁶.

Vemos então que o princípio da verdade real traduz a essência do processo penal de buscar a pureza da verdade de um fato específico e de quem o criou.

Nobre pretensão da Justiça que se enfraquece toda vez que se depara com certas barreiras princípio-normativo encontradas na Constituição Federal bem como nas leis ordinárias.

Apesar disso tudo, despontam notáveis reflexões em defesa do próprio princípio da verdade real, pelo bem da coletividade contra a impunidade dos criminosos, podendo muitas delas serem encontradas no que defende a teoria da proporcionalidade em relação as provas ilícitas.

A teoria mencionada visa colocar na balança os direitos individuais e os interesses sociais, com o fim de proteger o bem jurídico que possui maior relevância em cada situação concreta.

Ao tomar partido, interpreta-se que essa teoria permite a viabilidade de proteção dos interesses sociais frente aos individuais quando o último servir de imunidade a um transgressor da lei contra a coletividade.

Como assim? A teoria da proporcionalidade reconhece quando uma prova é caracterizada como ilícita, mas admite a sua produção, quando o interesse social for considerado de maior validade.

⁵ Nuvolone apud GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 97.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 45.

Refletamos sobre as palavras de Paulo Lúcio Nogueira quando diz que "a teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito"⁷.

Apesar de dedicada defesa a esse tipo de prova é importante esclarecer que as produções de provas mediante interceptações das comunicações previstas na Lei nº 9.296/96, não são consideradas aqui como as únicas para que se chegue a conclusão da verdade. Sendo necessárias, deverão compor o grupo de provas em juízo, que ajudarão na conclusão do juiz quando este vier a sentenciar, ou na dos jurados, quando o crime pertencer a competência do Tribunal do Júri.

No caso de serem consideradas ilícitas, caberá ao juiz competente, a partir de sua experiência e entendimento, admiti-las ou não, ao contrário de se prender ao que está limitado em lei. Pois o que importa realmente é o prevalecimento de verdade sem vícios, da verdade real.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é o pensamento banalizar os direitos individuais e muito menos prejudicar a integridade de sua proteção em prol dos interesses sociais.

O objetivo almejado é não deixar que a ânsia pela verdade real seja destruída, deixando órfãos os que sonham cada vez mais chegar perto de uma justiça que não deixe rastros duvidosos.

Portanto, devemos visar ao máximo, uma aproximação do ainda utópico equilíbrio entre esses dois interesses em conflito, o individual e o coletivo. Ai sim, os direitos Individuais deixarão de ser exageradamente valorizados quando servirem de proteção aos que fizerem mau uso de seus direitos como os interesses sociais deixarão de ser tão esquecidos e mal compreendidos.

A conclusão óbvia do pensamento aqui exposto, é de que os interesses da sociedade devem ser priorizados, quando esta for lesionada em detrimento de pretensões criminosas de alguns indivíduos. Não poderia ser diferente.

Mas, antes de criticar a lei ordinária, deve-se compreender em que ambiente esta foi criada. Então faz-se necessária uma reavaliação da importância dada a cada princípio normativo, nas situações em que dispensam maior influência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Diário Oficial da União, de 25 de julho de 1996.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas. 2

⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 1600., São Paulo: Saraiva, 1994, 169.

ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

SHNEIER, Bruce. E-Mail Security. Wiley, 1995.

QUEM ASSUME A TITULARIDADE DE UMA PREFEITURA CASO O PREFEITO ELEITO VENHA A FALECER ANTES DA DIPLOMAÇÃO?

Sivanildo de A. Dantas

Bacharelado do Curso de Direito da UFRN

O tema sobre a questão de se saber quem teria a titularidade para assumir a vaga de uma prefeitura, caso o candidato eleito para prefeito venha a falecer antes da diplomação, tem sido fonte inesgotável de polêmicas, a ponto de se colocarem em posições antagônicas nomes de real valor no cenário nacional.

Restaria menos polêmica se o candidato já tivesse sido diplomado e polêmica não haveria caso já tivesse sido empossado.

Este estudo, examinando a questão relacionada ao título supra referido, deve ser considerado como uma hipótese genérica e abstrata.

É bem verdade que a discussão reside no fato de inexistir norma específica que cuide do caso objetivamente. Há uma omissão legal. Daí serem aplicáveis na espécie os princípios gerais do direito.

Na falta de norma expressa para solucionar um caso concreto, o juiz deve se valer dos métodos interpretativos da norma jurídica.

As leis, quando são criadas, não prevêm todas as hipóteses que poderão surgir na realidade social, até porque o mundo real é muito rico em nuances fáticas. Cabe ao juiz, entretanto, suprir essas lacunas através dos recursos que lhe oferecem o Direito, sem o que estaria impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional à qual está obrigado, já que não pode deixar de julgar um caso a pretexto de inexistir lei.

Prevendo essas situações, o legislador pátrio inseriu na Lei de Introdução ao Código Civil o art. 4º que apresenta as diretrizes para o preenchimento de lacunas de direito:

"Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Chama-se auto-integração o processo de preenchimento de lacunas que é feito com recursos e elementos do próprio sistema jurídico por princípios nele contidos. Quando se busca recurso no Direito Natural, a integração denomina-se, doutrinariamente, de heterointegração.

A princípio, cabe alertar que o estudo de qualquer tema jurídico deve partir da percuciente análise da estrutura lógica da norma jurídica e da relação entre hipótese real e hipótese normativa. Só após, é que podemos transpor as conclusões abstratas para as inferências do tema suscitado.

O tema ora analisado é, fundamentalmente, de competência constitucional, eleitoral e de teoria geral do direito.

Diz a Constituição Federal no seu art. 10, parágrafo único:

"Art. 1º omissis I. omissis

II. omissis

III. omissis

IV omissis

I: omissis

parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

No plano constitucional vê-se, pois, que o poder é exclusividade do povo (e não de um indivíduo), sendo, portanto, um poder indisponível. A ninguém, nem mesmo à maior autoridade ou órgão do País é dada a faculdade de lhes tirar esse direito

A própria conceituação clássica de democracia como governo do povo pelo povo pressupõe a liberdade Política dos homens, no sentido de reconhecer-lhes essa Possibilidade de Autodeterminação ao escolher seus governantes.

O art. 14 da Constituição Federal só vem a corroborar com o entendimento acima esposado, *ver bis*:

"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal"

O que se extrai desse *versículo* é que o *povo* é soberano nas suas decisões e o primado da soberania popular subordina a atuação do Estado à vontade da sociedade. A vontade do povo é sempre certa e se dirige sempre ao bem comum. Ainda, é através do sufrágio que o povo outorga legitimidade aos governantes.

Corolário dessa posição é o axioma de que o poder emana do povo e em seu nome deverá ser exercido.

O Direito, criação do homem, foi concebido para ser interpretado não como um conjunto de normas e princípios isolados, mas sim dentro de um sistema.

Na falta de norma específica, o aplicador do Direito deverá buscar dentro das regras de hermenêutica aquela que melhor se adequa ao fato.

Agora, traçadas essas considerações, vejo-me obrigado a voltar à questão inicial deste articulado: quem assumiria a titularidade de uma prefeitura caso o candidato eleito para prefeito viesse a falecer antes da diplomação? Caberia aqui, a esta altura, mais uma indagação: quem teria legitimidade para exercê-la?

Nessa linha de entendimento, a questão da titularidade passa necessariamente pela questão da legitimidade, haja vista que, no Estado Democrático de Direito, ser titular do poder é ter legitimidade para exercê-lo. Portanto este é requisito

daquele. De outro ângulo, a titularidade só é legítima quando é aceita por aqueles que a legitimaram. Ou quando aquele que a detém a recebeu por justo título.

Lembra bem José Afonso da Silva¹, citando os ensinamentos de Norberto Bobbio, que "o poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo".

Por esse pensar, a legitimidade *leva* à titularidade, a titularidade à posse, a posse à justiça.

A efetividade de um poder, como *prova* de sua legitimidade, surge através de um princípio de Direito Natural: todo poder emana de Deus. Se Deus é o *povo ... vox populi vox Dei*. Portanto, no nosso caso particular, essa noção tradicional, assentada na vontade de Deus, sai do abstrato para o concreto através de processo de escolha em eleição.

É o que acontece em nosso País a cada quatro anos, quando os munícipes vão às urnas *escolher*, além dos seus representantes na Câmara, o prefeito e o vice-prefeito.

O procedimento de *escolha* através do sufrágio *universal* pressupõe um tipo de lei básica: o Código Eleitoral. É através dele que se disciplina a *eleição* para prefeito e vice-prefeito. No entanto lei específica poderá ser criada em *relação* a cada eleição.

Carece de consideração o fato de, antes de iniciado o processo *eleitoral*, os candidatos a candidatos, através de seus filiados, passam por uma "eleição" dentro do próprio partido. São as convenções. Recebem ali a aquiescência dos seus Correligionários para disputar o pleito.

Para as eleições de 03/10/96 o Congresso Nacional criou, em 29/09/95, a Lei nº 9.100, determinando no seu art. 86 que o *Tribunal Superior Eleitoral* "expedirá todas as instruções que julgar necessárias à sua execução".

Com a *Resolução* nº 19.509, de 18/04/96, o *Tribunal Superior Eleitoral* expediu instruções para o registro de candidaturas. Em seu art. 10, § 2º, esse ato *normativo* assim dispõe:

"§ 2º O registro de candidato a Prefeito e Vice-Prefeito far-se-á sempre em chapa única e indivisível (Código Eleitoral, art. 91)".

Vê-se, pois, que os candidatos a prefeito e a vice-prefeito, ao se registrarem perante a Justiça *Eleitoral*, fazem-no de forma *vinculada* a uma chapa una e *indivisível*. *Importando*, assim, a *eleição* do prefeito com a do vice-prefeito com ele registrado. Observe-se bem que o nome do vice-prefeito não precisa nem mesmo

¹ Da Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8. Ed. Rev., São Paulo: Malheiros, 1992, p.371

constar na chapa, ele (o nome) está implícito.

Neste *palmilhar* temos que, no dia 03 de outubro transato, aconteceram as eleições em todos os municípios do Brasil, onde foram sufragados nas urnas, *através do voto popular*, os prefeitos e os vice-prefeitos, na conformidade do que dispõe o § 10, do art. 20 da lei específica dessas *eleições*:

"Art. 2º Será considerado eleito Prefeito o candidato que obtiver a maioria de votos. não computados os em branco e os nulos.

§ 1º A eleição do Prefeito importará a do Vice-Prefeito com ele registrado".

Claro está até aqui que a eleição do prefeito gera a do vice-prefeito com ele registrado, de forma que eles também estão visceralmente entrelaçados quanto aos direitos, deveres e obrigações.

Acontece que, para o nosso estudo, realizadas as eleições e proclamados os resultados, vindo um prefeito eleito a falecer, geraria dúvidas sobre quem teria legitimidade para lhe suceder apenas pelo simples fato de inexistir norma legal específica disciplinando a matéria?

Realmente, após uma profunda pesquisa na legislação eleitoral pátria, constata-se a inexistência de norma específica disciplinando a matéria.

Nesse particular, nova figura de interpretação da norma jurídica deve ser evocada. Trata-se da analogia. Pesquisando nos dicionários pátrios, do mais erudito ao mais simples, vamos encontrar, em resumo, a seguinte definição daquele vocábulo: é a técnica jurídica através da qual se suprem as omissões da lei, aplicando a uma determinada relação jurídica as normas de direito objetivo disciplinadoras de casos semelhantes. Ou, ainda, pontos semelhantes entre coisas diferentes.

Como diz Sydney Sanches²:

"Analogia consiste em aplicar a uma hipótese, nifo prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante. Pressupõe semelhança de relações. Mas o recurso à analogia exige a concordância dos seguintes requisitos: a) é indispensável que o fato considerado, ou a relação jurídica contratual, não tenha sido tratado ou tratada especificamente pelo legislador; b) este, todavia, regulou situação que apresenta certo ponto comum de contrato, certa coincidência ou semelhança com a não regulada; c) a regra adotada pelo legislador para a situação regulada levou em conta, sobretudo, aquele mesmo ponto comum, de coincidência ou semelhança, com a situação não regulada (em suma. a ratio iuris deve ser a mesma para ambas as situações)".

² Sanches, Sydney. Os contratos atípicos no campo do Direito Privado. São Paulo: DCI, coluna Legislação e Tribunais, 06 e 07-04-88.

Prosseguindo na análise da matéria temos, em simetria com o caso ora ensaiado, o seguinte dispositivo constitucional:

"Art. 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente".

E o parágrafo único do art. 78 da citada Carta, *verbis*:

"Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

Temos, pois, por linha simétrica, que na vacância do cargo de prefeito, o preenchimento da vaga se dará com a posse do seu Sucessor político, o vice-prefeito.

Não é outra a conclusão a que se chega, com esses dispositivos da Carta Magna. subsidiariam ente aplicáveis.

Em face desses fundamentos constitucionais, que bem caracterizam a sucessão do prefeito pelo vice-prefeito, necessário é analisar e aplicar, com a prudência que o caso exige, o seguinte Acórdão do TSE, de número 9.080, de 28/06/88, que sob a relatoria do Ministro Roberto F. Rosas pontifica, *verbis*:

"1. Prefeito. Inelegibilidade. Cassação do diploma por abuso do poder econômico. Fatos ocorridos entre o registro e a diplomação.

2. O Vice-Prefeito é eleito simultaneamente com o Prefeito. Não há votação em separado, nem registros diversos. Contaminação da chapa. Vícios que se estendem ao Vice-Prefeito. Aplicação do art. 21 da LC nº 5. O Vice-Prefeito não assume com a cassação do diploma do Prefeito.

3. O falecimento do Prefeito não determina a extinção do processo. A relação jurídica processual permanece, pois há interesse jurídico em relação ao Vice-Prefeito. A demanda eleitoral não se esgota no interesse do Prefeito".

Nesse caso, vê-se que o vice-prefeito ficou maculado, não em relação a si próprio, mas como instituição, uma vez que

O abuso do Poder econômico Contribuiu para a sua vitória. É só. No mais, se assim não fosse, a mácula recairia somente na pessoa do prefeito; e o

vice-prefeito assumiria.

Dentro desse contexto, por linhas transversas, lemos o seguinte acórdão do TSE:

"I - Do fato jurídico. Maioria de votos alcançada por algum candidato em eleições majoritárias irradia-se imediata e simultânea ou sucessivamente, ao momento em que um só voto, caído na urna, faz definitiva essa maioria, efeitos jurídicos, inclusive direito subjetivo a atos de apuração de votos, de resolução de impugnações, de expedição de boletins eleitorais e de diplomação.

II - Dessas considerações, tem-se que, eleito, o Vice-Prefeito é titular de direitos subjetivos que se não podem extinguir pelo fato da morte do Prefeito com quem fora eleito.

III - Diz-se vago o cargo público que não tem titular, ou que, de qualquer sorte, não está ocupado. Para que o Vice-Prefeito assuma o cargo de Prefeito, basta que esteja vago, não ocupado, independentemente da posse do Prefeito eleito com o Vice-Prefeito assumente.

IV - Recurso provido ". (Acórdão nº 6.289, de 12/04/77. Relator: Ministro Firmino Ferreira Paz).

Por tudo isso, alegar a esta altura que o vice-prefeito não foi eleito para substituir o prefeito nas suas ausências ou lhe suceder no caso de vaga é ignorar o óbvio.

Legalismo - Há ainda aqueles que, sob a batuta do legalismo, perguntam: e onde está disciplinado isso na lei? Para aqueles que buscam na lei respostas a todas as indagações, não vão encontrar. Mas, para aqueles que entendem ser a lei uma pequena fração do direito, certamente encontrarão.

Os princípios contidos no ordenamento normativo poderão sempre ser invocados para aplicação direta aos casos concretos, mormente na ausência de norma específica.

Neste particular, Geraldo Ataliba³, invocando os ensinamentos do Mestre Argentino, Agustín Gordillo, doutrina que:

"Princípio é norma (regra de conduta); é também muito mais que isso:

Os princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e

³ Geralda Ataliba República e Constituição. São Paulo: RT, 1985, p. 6-7.

desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências".

Em seguida cita José Afonso da *Silva*:

"O princípio aponta a direção, o sentido em que devem ser entendidas as normas que nele se apóiam e ressalta não poder o intérprete extrair conclusão que contrarie um princípio, lhe comprometa as Exigências, ou lhe negue as naturais conseqüências".

Ensinam os juristas que o Princípio de uma estrada é o seu ponto de partida.

Por tudo *isso*, inexistindo *lei* que discipline o referido tema, há de se recorrer aos Princípios do direito, à Jurisprudência etc.

Segundo colocado - Para *aqueles* que defendem a tese do segundo *colocado* ser o substituto natural de prefeito *eleito* mas *falecido* antes da *diplomação*, Discordamos, Pois *fácil* é reconhecer que não se pode transformar em vitória uma derrota. O segundo *colocado* foi reprovado. Não passou no *vestibular* das umas. O *eleitor* através do voto o desaprovou. No entender dos *eleitores*, ele não está preparado para dirigir os rumos de sua comunidade. O povo não quis o segundo colocado e sim o *primeiro* e quem o substitui e, ou Sucede Politicamente. Portanto, em havendo *rejeição* ao segundo colocado, não há mais por que insistir nessa tese.

Por fim, que decepção não teriam os *municípes* ao assistir à posse de quem *foi* derrotado nas urnas?

Por outra, o segundo colocado não tem nem mesmo uma expectativa de direito, uma vez que está *desclassificado*.

A dúvida para os defensores dessa corrente talvez resida na errônea interpretação do § 4º, do art. 77, da Constituição Federal, *verbis*:

"Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á simultaneamente, noventa dias antes do término do mandato presidencial vigente.

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação ".

Como é fácil de se observar, o dispositivo supra mencionado diz respeito àqueles municípios onde haja segundo turno; no caso destas eleições, apenas nos municípios com mais de duzentos mil eleitores.

O Código Eleitoral é claro quando se refere à substituição de candidato por motivo de falecimento:

"Art. 101. 'omnissis'

§ 2º: Nas eleições majoritárias, se o candidato vier a falecer ou renunciar dentro do período de 60 (sessenta) dias mencionados no parágrafo anterior, o partido poderá substituí-la; se o registro do novo candidato estiver deferido até 30 (trinta) dias antes do pleito serão confeccionadas novas cédulas, caso contrário serão utilizadas as já impressas, computando-se para o novo candidato os votos dados ao anteriormente registrado".

Observe-se bem que o legislador se preocupou com essa hipótese, pois geraria dúvidas se não fosse normatizada, face a inexistência de substituto. Quanto a depois da eleição, dúvida não há, pois se o fato vier a acontecer nessa fase, o substituto ou sucessor natural assume, pois já existe.

A Lei nº 9.100/95, por seu turno, só vem a reforçar esse entendimento:

"Art. 14. A facultado ao partido ou coligação substituir candidato que venha a ser considerado inelegível, que renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, que tiver seu registro indeferido ou cancelado". (Grifos nosso).

Veja-se que em nenhum momento a lei Eleitoral preocupou-se em disciplinar essa situação após as eleições. Até porque essa hipótese já está prevista na Constituição Federal, sendo desnecessário e redundante repeti-la.

As hipóteses em que o segundo colocado venha a ocupar a primeira colocação se dão nos casos de: recurso pendente de indeferimento de registro de candidatura que venha a ser julgado e provido após a diplomação; recurso contra a diplomação e ainda através de ação de impugnação de mandato eletivo, esta última, nova figura de impugnação insculpida na Constituição Federal (art. 14, § § 10 e 11). Fora dessas hipóteses não vislumbramos motivo suficiente para reverter a posição do segundo colocado para o de primeiro, transformando uma derrota em vitória, contrariando frontalmente o princípio da vontade soberana dos munícipes.

A idéia que queremos firmar aqui é que não se pode dar a alguém o poder de tornar elegível quem foi derrotado nas urnas pelo povo. Admitir-se que poderia ser a admissão de que o súdito desfizesse a decisão do soberano, inadmissível a todas as luzes.

O povo deseja a justiça oficial justa, conceito mais fácil de enunciar do que definir, a partir da certeza de que são muitos os que conhecem o pouco dos modos de realizar o justo, no caso concreto.

Vice é eleito para ser Vice - Com a devida vênia para os que esta causa advogam, entendo ser falsa essa afirmação, parecendo-me ser fruto de um saudosismo que só a história explica: a última eleição que tivemos com votação separada para cargos do executivo e seu respectivo vice foi no início da década de 1960. Após, passou a ser "casada" numa mesma chapa, como temos hoje. Essa mudança se deu em decorrência da crise institucional criada pelos militares, pois não aceitavam que João Goulart, -O Jango", Vice-Presidente de Jânio Quadros, assumisse a presidência da República quando da renúncia deste.

O saudoso Hely Lopes Meirelles⁴, na sua clássica obra "Direito Municipal Brasileiro", doutrina: O Vice-Prefeito é o substituto, nos afastamentos, e o sucessor, no caso de vaga, do Prefeito. Eleito, permanece como titular de um mandato executivo e na expectativa do exercício do cargo de Prefeito,"..... (1).

A questão agora se situa no campo da "expectativa do exercício" do cargo, que não há que se confundir com "expectativa de direito".

Para a primeira expressão o direito adquirido já se consumou, resta apenas exercitá-lo, o que se dará, no nosso caso, com a efetividade de um pressuposto: a condicionante fática da vacância do cargo de prefeito.

Para a segunda temos que, sem o abono de certeza e liquidez, existe expectativa de direito, pois inexistente prazo certo e compulsório. Expectativa de direito é, pois, algo que antecede a aquisição de um direito.

Uma coisa é a expectativa do direito; outra, distinta, é a aquisição do direito, diversa é o uso ou exercício desse direito.

Quanto ao direito adquirido, princípio de direito natural. cuidou de disciplinar o legislador pátrio os pilares que deve modelar a sua aplicação, na lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42, com a redação dada pela lei nº 3.238, de 1º.08.57), art. 6º, § 2º:

"Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo reflexivo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem n. (Grifos nosso).

Tem-se, assim, direito adquirido como aquele que entrou no patrimônio de um titular, dele não mais podendo ser retirado.

Por tudo que foi dito, temos que o vice-prefeito é o sucessor do prefeito em caso de vaga e o substituto natural nos casos de impedimentos ou licenças.

Eleição - A eleição do Vice-Prefeito está prevista na Constituição Federal e ela se dá com a do Prefeito de forma vinculada (CF, art. 29, incisos I, II e III).

Proclamação - A proclamação é a publicação do resultado final feita após a contagem dos votos.

Dentro desse contexto, cabem as observações de Tito Costa⁵, segundo o qual "a proclamação é um ato que complementa todo o processo eleitoral, mas não comporta qualquer tipo de recurso. Eventuais reclamações contra esse ato só poderão ser apresentados, sob a forma do recurso adequado, ao ensejo da diplomação". Veja-se que não há um consenso entre os doutrinadores quanto às etapas do processo eleitoral, chegando Tito Costa a afirmar que a proclamação é um ato que complementa todo o processo eleitoral.

Diplomação - é o atestado oficial (afirmação) de que o candidato obteve votos suficientes para o cargo a que se candidatou.

A diplomação não é uma verdadeira decisão judicial, assemelhando-se

⁴ Meirelles, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993 (2ª tiragem), p. 529.

⁵ Costa, Tito. Recursos em Matéria Eleitoral. 6ª ed. rev., ampl. e atual. S30 Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 122.

mais a um ato administrativo, nada obstante traga em si consequências jurídicas e políticas.

Diz o Código Eleitoral no seu art. 215:

"Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do Juiz ou do Tribunal".

Prevedo hipóteses em que Poderá haver impugnação à candidatura, reza o art. 216:

"Ar/. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude ".

Pela dicção dos artigos supra mencionados, colhe-se que, mesmo tendo sido interposto recurso contra a expedição de diploma, o candidato eleito *deve* ser diplomado. É que esse tipo de recurso não tem efeito suspensivo, exercendo o candidato, após a posse, o mandato em toda a sua plenitude até o trânsito em julgado da decisão final, se essa lhe for desfavorável.

Quanto a recurso contra a diplomação (pois Já cabe recurso contra a proclamação), o Código Eleitoral, através do art. 262, trata de especificar as hipóteses de cabimento:

"Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos:

I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato;

II - errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;

III - erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda;

IV - concessão ou denegação do diploma, em manifesta contradição com a prova dos autos, na hipótese do art. 222 ".

Outra indagação que merece reparo, e que é o ponto nodal do nosso

estudo, é a alegação de que o processo eleitoral se conclui com a diplomação. No caso em questão, acontecendo superveniente morte de prefeito eleito antes dessa fase, como deverá se proceder?

Para aqueles que defendem a formalidade da diplomação como um ato necessário ou essencial à aquisição do direito de tomar posse, que defendam essa posição. Nada obsta.

Porém hão de convir, também, que o vice-prefeito, sobrevivendo à diplomação, haverá de ser diplomado e, numa seqüência lógica, na conformidade da lei, no dia 1º de janeiro do ano seguinte à eleição, sucederá na posse o prefeito, face à vacância do cargo deixado pela morte deste último.

Conforme o Código Eleitoral, as fases que antecedem a diplomação são, seguindo uma ordem lógica e cronológica: votação, apuração e proclamação.

Dúvidas não há que para o nosso estudo as três primeiras fases se consumaram antes do óbito de prefeito eleito.

As maiores dúvidas e indagações residem nesta fase da diplomação, pois afirmam que, não tendo sido diplomado o prefeito, pois falecera antes da diplomação, a sua ausência implicaria a prejudicialidade da diplomação e posse do vice-prefeito.

A princípio, cabe por pertinente discutir com maior detença a natureza jurídica da diplomação, abstraindo-nos, no entanto, de tecer comentários acerca das outras fases.

A diplomação ocorre após as fases que lhe antecedem, quais sejam: votação, apuração e proclamação. Há um lapso temporal entre estas e aquela suficiente para que as dúvidas sejam dissipadas e as impugnações, porventura existentes, resolvidas, de forma que todo o processo se harmonize e se conforme.

Tem por objetivo a diplomação, após resolvidas todas as pendengas, declarar os nomes dos eleitos no pleito, conforme os resultados apurados e proclamados.

Joel José Cândido⁶ ensina:

"o que se atesta, com a diplomação, é a existência de uma eleição válida e seus resultados, já divulgados, habilitando-se os eleitos, com o diploma, a exercerem seus respectivos cargos a diplomação consagra a publicação dos resultados, que é seu pressuposto fundamental, "

Por seu turno, Fávila Ribeiro⁷, tecendo comentários sobre a

⁶ Cândido, Joel José. Direito Eleitoral Brasileiro. 4ª ed. rev. e atual., Bauru, SP: EDIPRO, 1994, p. 207 et seq.

⁷ Ribeiro, Fávila. Direito Eleitoral. 4ª ed. rev. e ampl., Rio/RJ: Forense, 1996, p. 477.

proclamação e diplomação dos eleitos, afirma: "No momento da proclamação, deve ser anunciada a data para a entrega do diploma dos eleitos, que é o título expedido pela Justiça Eleitoral para definir a Legitimidade dos representantes populares".

Pelo exposto, concluímos que o ato da diplomação tem natureza meramente declaratória, Pois já existe uma situação pré-constituída, que são as fases que a precedem, não havendo por que se falar em natureza constitutiva.

Formalidade - O prefeito e o vice-prefeito são eleitos nas urnas, e não com o recebimento do diploma, não sendo necessário nem mesmo ir recebê-lo por ocasião da diplomação. Isso é uma formalidade e, diante do sufrágio universal popular, é até irrelevante.

O processo eleitoral, conforme a maioria dos doutrinadores, inicia-se com a votação e conclui-se com a diplomação. E, tendo por base que a votação é o ponto culminante desse processo (sufrágio/soberania) não seria forçar o entendimento afirmar que as demais fases que a seguem são acessórias, instrumentais, não tendo esses procedimentos formais o condão de obstaculizar uma decisão soberana.

Nunca é demais trazer à tona os ensinamentos processuais proferidos pelo eminente Juiz Federal Magnus Augusto Delgado (membro do TRE/RN), nos autos do processo nº 130/94, proferido na sessão do dia 16/04/96, que mesmo se tratando de matérias distintas, neste particular se afeiçoa ao nosso caso, pois a temática universal é a mesma:

"O processo é um meio de realização do direito, jamais um fim em si mesmo. O apego exacerbado às formas e filigranas delas decorrentes, pode levar na maioria dos casos ao próprio aniquilamento do direito material, e este é o alvo nuclear merecedor da primazia da atenção a ser dispensada pelo órgão encarregado de prestar a jurisdição".

Assim sendo, essa possível, mas bem discutível discrepância formal, não é suficiente para se impedir que o vice-prefeito seja diplomado, tome posse e assuma a vaga que lhe é de direito.

Concluindo - Em tom final, lembramos que não se pode, todavia, alegar o desconhecimento da importância do "vice", pois há mais de uma década vivemos a sua cultura, chegando-se até a afirmar, em tom de prosa, que vivemos em um país de "vices", numa evidente referência a alguns dos nossos Presidentes da República (José Sarney e Itamar Franco).

Por último, as estatísticas "não oficiais" demonstram que hoje os vice-prefeitos têm alta probabilidade de se tornarem titulares, uma vez que os prefeitos, quando dos seus últimos anos de mandatos, renunciam aos seus cargos para concorrerem a cargos no legislativo, assumindo a titularidade da prefeitura, nessa ocasião, o vice-prefeito. Hoje essas hipóteses são perfeitamente previsíveis pelos eleitores, pois tornou-se uma prática corriqueira entre os políticos. Portanto, não há que se votar apenas no titular esquecendo-se do vice, muito pelo contrário, deve-se ter a responsabilidade de votar no titular tendo em vista, também, o vice; pois este o substituirá e suceder-lhe-á sempre que para isto for convocado.

Assim não sendo, não há motivo para a existência do cargo de vice.
Extinga-se.

Por tudo *isso* a tese que mais correta se apresenta ara nós é a de que o vice-prefeito assuma a titularidade do cargo de prefeito, face a morte do seu titular antes mesmo de sua diplomação. Pois poder foi legitimado pelo povo. A contrário *sensu*, não será democrático, pois não decorreu da vontade do povo (art. 10 da CF).

Eis, em resumo, o que *tinha* para expor sobre o tema. Alcançados meus objetivos estarão, ao saber que, mesmo de forma superficial, abordei os seus principais pontos, rasgando os *caminhos* da exegese, arrolando *minhas opiniões*.

ABRE TEUS OLHOS THÉMIS!

VANESSA ALESSANDRA PEREIRA
Acadêmica do 7º Período do Curso de Direito da UFRN

Sumário: I. Introdução. II. A Balança? Equilíbrio. III. A Espada e a Força. IV A Venda e a Imparcialidade. V Conclusão. VI. Bibliografia.

“Direito não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de direito”¹.

I - INTRODUÇÃO:

A evolução dos modos de pensar da sociedade humana, dos comportamentos sociais, dos tipos de crimes e penalidades a eles impostos, da complexidade e banalização da violência urbana entre outros fatores, têm levado, de uma forma geral, a novas formas e estender o direito e por assim dizer, de questioná-lo.

Sob o título acima apresentado, ousou contrapor-me à tradição jurídica de reverenciar a deusa Thémis, juntamente com todo o simbolismo a ela arraigado. A balança, a espada e a venda, representantes. maiores dessa tradição intocável da atividade jurídica, são explicados e aceitos há séculos como sendo o equilíbrio, a força e a imparcialidade do direito. Minha ousadia consiste justamente em questionar a sua praticidade nos dias atuais, desmascarando definições e pensamentos preestabelecidos, que, na prática, não passam de quimeras, principalmente em nosso meio social, marcado pelas constantes ondas de violência e desrespeito aos mais valorados direitos de um povo.

II. A BALANÇA E O EQUILÍBRIO:

Começamos pela balança, posicionada em uma das mãos da deusa da Justiça, e que representa o "equilíbrio" estabelecido entre as partes envolvidas nos conflitos. De um lado, temos as classes menos favorecidas e, de outro, uma elite egoísta e economicamente superior. Nesse diapasão, infelizmente, não há espaço para o almejado equilíbrio jurídico. O que vemos diariamente é o acúmulo incalculável de leis, elaboradas com o único e exclusivo escopo de privilegiar uma minoria, quando a grande parcela da população sofre com a ausência de normas que a beneficiem.

Para que haja esse equilíbrio, é preciso pôr em prática o princípio da igualdade jurídica perante a lei, tão bem sedimentado no artigo 5º da Constituição Federal, e, ao mesmo tempo, tão criticado pelos mais diversos setores da sociedade, principalmente quando analisado sob a ótica da vida social. A professora e advogada, Vera Lúcia C. Vassouras, retrata bem essa questão ao afirmar que: *“A igualdade jurídica no Brasil é pura forma, seu conteúdo se engendra como veículo ideológico de mascaramento das desigualdades, veículo de injustiças sociais e*

¹ REALE, Miguel. lições Preliminares de Direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 256.

mecanismo de reprodução do sistema capitalista de dominação"². Vai mais além ao estabelecer a idéia de que essa igualdade é um mito, "... *uma grande mentira ideológica que tomou a consciência daqueles que não admitem o progresso e a verdadeira cultura (multidisciplinar) para as massas*"³.

Ainda com relação a essa questão, cumpre-nos destacar o pensamento do professor JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, corroborando a certeza da inexistência de uma igualdade jurídica em nosso país. Para ele: "*Não serão condutoras do artesanato democrático as velhas e caducas categorias do Direito, com todos os seus mitos e falsidades, a começar pelo da igualdade de todos perante a lei, igualdade impossível dentro de uma estrutura social fundada na desigualdade e na iniquidade*"⁴.

III - A ESPADA E A FORÇA:

Já dizia RUDOLF VON IHERING que: "*A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito*"⁵. Usa-se o simbolismo da espada como arma para a defesa do direito. Mas, aproveito e pergunto, que direito é esse que está sendo defendido? O direito de que classe social está se buscando? De quais interesses estará o legislador a defender? Respostas existem, mas infelizmente a população chegou a um estágio tal de letargia e descrença nas instituições sociais que, claramente, passou a conviver com a violência e o descaso do poder público, sem mais questionar os porquês nem buscar soluções para os problemas que a afligem.

Hodiernamente, o que vemos não é a espada da Justiça, e, sim, as armas dos bandidos, que matam e destroem o sonho de uma sociedade justa e comprometida com os ideais de justiça e paz social. Destarte, a violência, que antes era vista apenas pela televisão ou lida através dos jornais, desceu dos morros, saiu das favelas e chegou até nós de forma assustadora e alarmante. Isto porque a sociedade, que prega o sucesso e ascensão dos indivíduos, é a mesma que lhes nega oportunidades, levando essas pessoas a buscarem seu espaço de forma ilegal e violenta. Passamos assim, a ser prisioneiros dentro de um universo criado para imperar a ordem, mas que discrimina seus membros, alijando-lhes da condição de cidadãos.

IV - A VENDA E A IMPARCIALIDADE:

Dentre as curiosidades surgidas acerca dos símbolos que representam a

² in o Mito da Igualdade Jurídica no Brasil: Notas Críticas sobre a Igualdade Formal. São Paulo: Edicon, 1994, p. 123.

³ Op.cit. p.15.

⁴ in Para onde vai o Direito?: Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 78.

⁵ in A Luta pelo Direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.01.

Justiça, outra que impressiona aos estudiosos do Direito é a imagem daquela figura poderosa e destemida da deusa Thémis, tendo os olhos cobertos por uma venda. Com o tempo, percebemos que esse modelo de imparcialidade a nós imposto, não passa de ilusão, fruto que é de um pensamento caduco e cego à realidade social e jurídica em que vivemos.

Carnelutti, por sua vez, afirmava que: "A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é buscar diminuir esta parcialidade"⁶. Nesse diapasão, fica uma crítica ao judiciário, órgão criado para estabelecer a lei e o direito, mas que inúmeras vezes erra, originando a descrença e a desconfiança por parte daqueles que o provocam.

Hoje, podemos afirmar que a Justiça brasileira é eminentemente elitista, parcial e conservadora, com honrosas exceções, mas que se perdem no emaranhado da desordem jurídica. Diante do exposto, fica a certeza da perniciosidade da parcialidade do judiciário e da imperiosa necessidade de bradarmos contra a mesma. Ricos ou pobres, pretos ou brancos, eis o objetivo do direito, eis o sonho de toda uma sociedade.

Nesse contexto, urge, pois, destacar o desabafo do já mencionado professor JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, que clama:

"Abaixo a hipócrita neutralidade de advogados, procuradores, juizes, desembargadores, ministros! Essa neutralidade sempre protegeu escolhas de conservação das estruturas e de manutenção do status quo. Sejamos verdadeiros. Façamos opções públicas e honestas. Decidamos por qual mundo lutaremos, que interesses consideramos legítimos e merecedores da tutela de nossas valorações"⁷.

V - CONCLUSÃO:

Ao depois do exposto, resta-me deixar um testemunho como acadêmica de direito e, mais ainda, como parte integrante de uma sociedade marcada pelas mazelas de um poder, cujo pensamento é sedimentado, na maioria das vezes, em conceitos retrógrados e por demais individualistas.

Embora, em assim me posicionando, tenho consciência de que as responsabilidades precisam ser divididas. De um lado o judiciário, agindo na tutela dos interesses individuais e coletivos. Do outro, a sociedade, interessada, precipuamente, na construção de um país que honre as suas instituições. Esse é o pensamento do eminente Juiz Federal e professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, WAL TER NUNES DA SILVA JÚNIOR, quando diz: *"Não se reclame, amanhã, dos que fazem a justiça, concentrando as desconfianças na lei e, pior ainda, no Judiciário. A justiça não nasce, nem termina no Judiciário. A justiça é uma comunhão de ações sociais, levadas a cabo não só pelo Estado, como também por cada um de nós, dentro dos nossos deveres e responsabilidades, como*

⁶ in As Misérias do processo Penal. Itália: Conan, 1995, p. 34.

⁷ Op. cit. p. 75.

*profissionais e, sobretudo, como cidadãos*⁸.

Diante disso, permitam-me fazer um apelo a todos aqueles que ora compartilham comigo a angústia de um direito injusto, o inconformismo diante da impunidade, o medo da violência ... É chegada a hora de nos unirmos, abrindo os olhos para os problemas acima levantados, dividindo as culpas e buscando a verdadeira justiça. Para isso, ousou gritar: Abre teus olhos Thémis!!!

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Tradução de José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995.

HERKENHOFF, João Baptista. Para onde vai o Direito?: reflexões sobre o papel do Direito e do jurista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. Tradução de João Vasconcelos. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

VASSOURAS, Vera Lúcia C. O mito da igualdade jurídica no Brasil: notas críticas sobre igualdade formal. São Paulo: Edicon, 1995.

⁸ in o Direito Penal e a Criminalidade. Trabalho apresentado na "I Jornada de Direito Penal e Processo Penal", promovida pelo DAAC - Diretório Acadêmico Amara Cavalcanti do Curso de Direito da UFRN.

PÚBLICA

CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

VICENTE ELÍSIO DE O. NETO.

Bacharel em Direito pela UFRN.

I - Introdução. 2 - O Controle Jurisdicional. 2.1. Definição e Generalidades. 2.2. O Controle Jurisdicional e a Constituição de 1988. 2.3. Privilégios da Administração Pública. 3 - Meios de Controle. 3.1. Generalidades. 3.2. Habeas Corpus. 3.3. Habeas Data. 3.4. Mandado de Injunção. 3.5. Iv/andado de Segurança Individual. 3.6. Mandado de Segurança Coletivo. 3.7. Ação Popular. 3.8. Ação Civil Pública. 4 - Limites ou Restrições ao Controle Judiciário. 4.1. Generalidades. 4.2. Quanto à Alatória. 4.3. Quanto à Amplitude do Ato de Controle. 4.4. Quanto à Oportunidade do Pronunciamento. 4.5. Quanto à Extensão do Pronunciamento. 5 - Conclusão. 6 – Bibliografia

1 - INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é o Controle Jurisdicional da Administração Pública. Seu objeto, as limitações ou restrições a que está submetido. Mais precisamente, é investigar em que sentido podemos falar em restrições ao controle jurisdicional e de que decorrem.

Buscando atingir o fim pretendido, dividimos o trabalho em quatro partes, além desta introdução.

Na primeira, expendemos uma definição do controle, seu alcance, fins e fundamentos, indicamos seu fortalecimento com o advento da Carta Magna de 1988 e, ainda, elencamos os privilégios que caracterizam a atuação da Administração em Juízo.

Em seguida, tratamos dos remédios constitucionais de que podem fazer uso os administradores em defesa de seus direitos individuais e interesses coletivos e difusos ameaçados ou violados pelos comportamentos ilegítimos da Administração.

Ao cuidarmos das restrições ao controle efetuamos uma síntese das opiniões a respeito, a que tivemos acesso. Feito isso, passamos a expor a concepção que nos pareceu mais correta e fundamentada e, por conseguinte, a que aderimos no estágio em que se encontram os nossos estudos.

Por fim, apresentamos nossas conclusões.

2 - O CONTROLE JURISDICIONAL

2.1. DEFINIÇÃO E GENERALIDADES

Define-se o controle jurisdicional como sendo aquele que é exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário, em virtude de provocação dos interessados, por intermédio de instrumentos específicos ou inespecíficos assegurados aos administrados na Constituição e na legislação infra-constitucional, para apreciação, *in concreto*, dos comportamentos da Administração Pública, quer para invalidar suas condutas ilegais, constrangê-la ao desempenho das atividades a que está obrigada ou, ainda, condená-la a indenizar os lesados, reparando os danos a que deu causa¹.

Seu exercício é da competência exclusiva do Poder Judiciário por ser o ordenamento jurídico nacional daqueles que se filiam ao sistema da "jurisdição una" (artigo 5^D, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988). A necessidade de provocação para que opere justifica-se, como é sabido, pelo imperativo da imparcialidade do judiciário. Quanto aos instrumentos ou meios, dedicamos toda uma parte de nosso estudo (ponto 3).

Conquanto a maior parte dos doutrinadores pesquisados refiram-se ao controle dos atos administrativos, preferimos adotar o vocábulo "comportamentos" de que faz uso Celso Antônio Bandeira de Mello² a fim de incluir os atos da Administração, particularmente os materiais, sobre os quais, indiscutivelmente, é exercido o controle jurisdicional.

É bem verdade, no entanto, que o Controle Judicial da Administração, encarado como técnica de contenção e equilíbrio das funções estatais, destina-se precipuamente à apreciação dos atos administrativos.

Fixe-se também que o controle incide sobre os órgãos do Poder Executivo assim como atinge os atos praticados pelos órgãos dos demais Poderes quando praticados no desempenho de função tipicamente administrativa³.

O relevante serviço que cumpre para a garantia do Estado de Direito chega ao ponto de se afirmar ser o controle jurisdicional, aliado ao princípio da legalidade, um dos seus fundamentos⁴. Lembrando-se os ensinamentos do inesquecível Seabra Fagundes, administrar é aplicar a lei de ofício. Assim sendo, a instituição de uma técnica posta à disposição de um outro Poder para aferir a conformidade da atuação da Administração com as disposições normativas inquestionavelmente é o fundamento de um Estado em que impera o primado da lei.

Do que se acaba de expor é que resulta a costumeira afirmação segundo a qual o controle judicial visa anular os atos ilegais da Administração. Não há negar a correção e coerência da assertiva. Acreditamos, todavia, para que se não incorra em equívoco, que a melhor doutrina é aquela em que se afirma expressamente ser uma das finalidades do controle assegurar uma atuação administrativa em consonância com o conjunto dos princípios que lhe são impostos pela ordem normativa, informadores do regime jurídico-administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade,

¹ Definição formulada a partir, principalmente, das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello ("Curso de Direito Administrativo", São Paulo: Malheiros Editores, pp. 605 e 606.

² Op. Cit., p. 117.

³ Hely Lopes Meirelles. Op. Cit. P. 605; Maria Sylvia Zanella di Pietro, "Direito Administrativo". São Paulo: Atlas Editora, p. 478.

⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. Cit., p. 492.

publicidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, da responsabilidade do Estado por Atos Administrativos e quaisquer outros que derivem da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração por interesses públicos⁵.

Ponderam os estudiosos que, em regra, os atos administrativos em geral estão sujeitos à apreciação pelo Judiciário. Feito isto, cuidam os mesmos de chamar a atenção para as peculiaridades da apreciação judicial dos atos discricionários: "restringe-se à competência", "é exclusivamente da legalidade"; "não pode invadir o mérito administrativo". Porém, efetuados aquelas ressalvas, normalmente discorrem de modo a concluir, uns mais, outros menos, que as restrições inicialmente elencadas não estreitam tanto a apreciação dos atos discricionários pelo Judiciário.

Não nos interessa aqui tratar longa mente do tema. Para os fins deste trabalho importa somente que se registre a extensão do controle judicial quando o ato impugnado é efetivamente discricionário. A solução do problema, assim acreditamos, só se encontra na análise realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶. É que o mestre inverte a questão: busca traçar os limites e a correta concepção da discricionariedade para posteriormente determinar a extensão. Sintetiza o autor que o Judiciário, em face de ato discricionário, poderá investigar os motivos do ato, ou seja, "*os pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa*", a fim de verificar se realmente subsistem e são idôneos para determinar a atuação administrativa; examinará a finalidade contida na norma de competência a fim de invalidá-los caso praticados com desvio de poder, e, por fim, deve o juiz averiguar a causa do ato, ou seja, "a relação de adequação entre os pressupostos e o seu objeto", sem a qual o ato discricionário é nulo

2.2. O CONTROLE JURISDICIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O advento da Constituição de 1988 é de significativa importância para o Controle Jurisdicional da Administração Pública em função de seu fortalecimento e ampliação por obra do legislador constituinte.

No texto constitucional em vigor foram expressos novos remédios como o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*, a ação popular foi ampliada e a ação civil pública obtém *status* constitucional.

6

7 Lúcia Valle Figueiredo. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo: Malheiros Editores, p. 243.

3 Hely Lopes Meirelles. Op. cit. p. 605; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", Paulo: Atlas Editora, p. 478.

4 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 492

5 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 478; Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 606.

⁵ Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. Cit., p. 478; Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 606.

⁶ Op. cit., Cap. XV, pp. 450 a 471.

Inovou o texto Magno em relação à matéria ao estabelecer que a ameaca de lesão é bastante para que seja prestada a tutela jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV). Conseqüência necessária que daí resulta para o controle jurisdicional é sua agilização⁷, o que nos leva a concluir que já não se mais pode indicar como próprio dele ocorrer a *posteriori*, como até então era encarado.

No entanto, entendemos que a mais importante novidade relaciona-se com a garantia dos direitos coletivos e difusos por representar fundo golpe nas doutrinas individualistas e liberais que tanta influência ainda exercem em nossa ordem jurídica.

2.3. PRIVILÉGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em juízo, a Administração Pública goza determinados privilégios que lhe são reconhecidos em decorrência da supremacia do interesse público sobre o individual. Dentre eles destacam-se:

a) Juízo Privativo:

No âmbito federal é a Justiça Federal de 1ª e 2ª instância (Juizes Federais e Tribunais Regionais Federais), em que são julgadas as ações em que participem a União, suas autarquias e empresas públicas. Entretanto, as sociedades de economia mista e fundações de direito privado atuam na Justiça Comum. Ademais, as ações relativas à falência e acidentes de trabalho, bem como as da competência da Justiça Eleitoral e do Trabalho estão excluídas da apreciação da Justiça Federal.

Por sua vez, os Estados e os Municípios também dispõem deste privilégio, nos termos de suas Leis de Organização Judiciária, que estabelecem as Varas da Fazenda Pública.

b) Prazos:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como suas autarquias e fundações de direito público quando partes em ação judicial dispõem de prazo em quádruplo, para contestar, e em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil).

c) Duplo Grau de Jurisdição:

Sujeitam-se ao duplo grau necessário de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, os Estados e os Municípios, bem como a que julga improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, que só produzirão efeitos caso confirmadas pelo Tribunal (artigo 475, incisos 11 e 111, do Código de Processo Civil). Este benefício não se aplica às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

d) Processo Especial de Execução:

Privilégio de *status* constitucional é o que estabelece o artigo 100 da Lei Maior. Trata-se do pagamento através de precatório requisitório das obrigações pecuniárias da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, decorrentes de sentença judicial.

e) Pagamento das Despesas Judiciais:

As despesas dos atos processuais, efetuadas a requerimento da Fazenda

⁷ Lúcia Valle Figueiredo. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo: Malheiros Editores, p. 243.

Pública, serão pagas ao final pelo vencido (artigo 27 do Código de Processo Civil).

Há também a dispensa do preparo quando os recursos forem interpostos pela União, Estados e Municípios e respectivas autarquias (artigo 511, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

3 - MEIOS DE CONTROLE

3.1. GENERALIDADES

Após ressaltarem, em uníssono, que os administrados podem se valer, contra os atos administrativos ilegais, de todas as ações e procedimentos (ordinário, sumário ou especial), cuidam os administrativistas dos denominados "meios de controle"⁸, ou "garantias dos administrados"⁹.

É princípio fundamental da Ordem Jurídica pátria a apreciação pelo Judiciário de toda e qualquer lesão ou ameaça a direito, seja ele individual, coletivo ou difuso, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, do qual se infere ter o constituinte de 88 optado pelo sistema da jurisdição *una*. Portanto, sofrendo o administrado violação ou ameaça de violação de seus direitos individuais em virtude de comportamento, postura ou ato da administração, ou, ainda, percebendo o cidadão que da atividade administrativa resultou ou irá resultar malferido direito coletivo ou difuso, a ambos é facultado provocar o controle corretivo do Judiciário, posto que a tutela jurisdicional há de ser requerida (artigo 20 do Código de Processo Civil), a fim de que cesse a ameaça ou lesão resultante do ato ilegal.

Percebendo as particularidades das relações travadas entre a Administração e os administrados, da importância, do vulto dos interesses públicos e particulares em jogo, bem como das dificuldades enfrentadas para que sejam equacionados pacificamente, tratou o constituinte de estabelecer institutos destinados especificamente a garantir os direitos dos particulares em face dos atos abusivos do administrador, por meio do pronunciamento do Poder Judiciário. Costuma a doutrina denominá-los remédios constitucionais porque têm por escopo assegurar os direitos fundamentais. Em verdade, são ao mesmo tempo direitos e garantias: em sentido instrumental são direitos, como o direito de ação, em sentido material são garantias pois estabelecidos no texto constitucional para a proteção dos direitos nele previstos¹⁰.

Dentre os meios de controle da Administração pelo Judiciário destacam-se o *Habeas corpus*, o *Habeas Data*, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Individual, o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação popular e a Ação Civil Pública. Como veremos a seguir, os quatro primeiros cumprem papel de garantias de direitos individuais, enquanto os três últimos prestam grande contribuição na preservação dos direitos coletivos e difusos.

3.2. HABEAS CORPUS

⁸ Lúcia Valle Figueiredo. op. cit., p. 498

⁹ Hely Lopes Meirelles. op. cit., p. 614; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Curso de Direito Administrativo". 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 535.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 499.

Instituto que antecede historicamente o Eu:: 1 Direito, surgiu o *Habeas Corpus* precisamente na Inglaterra em 1215, prescrito na Magna Carta, imposta ao Rei João Sem Terra, pela qual a nobreza rebelde impôs restrições ao poder real.

No direito brasileiro, o *Habeas Corpus* remonta ao período imperial previsto no Código de Processo Criminal de 1832, em seu artigo 340, *verbis*:

"Todo cidadão que entender que ele, ou outro, sofre prisão ilegal ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de 'habeas corpus' em seu favor".

Hodiernamente, trata-se de garantia constitucional que tem por fim assegurar o direito de locomoção, de ir e vir, ameaçada ou atingida por violência ou coação decorrente de ato ilegal ou abusivo.

Remédio assegurado a qualquer indivíduo (artigo 50, inciso LXVIII), sua impetração é gratuita (artigo 5º, inciso UXIII: Constituição Federal) e dispensa procurador judicial, bem como qualquer formalidade impeditiva de seu exercício.

Meio pelo qual o Judiciário exerce controle corretivo dos atos administrativos ilegítimos praticados por autoridade no exercício do Poder de Polícia de Segurança, não é o *habeas corpus*, infelizmente, via processual hábil para se alcançar a tutela jurisdicional necessária à proteção dos militares que sofrem prisão disciplinar resultante de ato administrativo punitivo disciplinar militar ilegal, por força do que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 142, da Constituição Federal.

3.3. HABEAS DATA

Lembrando o passado (prática das autoridades responsáveis pela repressão política, durante o regime militar, que armazenavam em arquivos sigilosos informações acerca da vida pessoal e política dos opositores da ditadura), e prevendo o futuro (proliferação dos bancos de dados informatizados), inovou o constituinte de 66 ao dar origem ao *habeas data* remédio constitucional que tem por fim assegurar o conhecimento e/ou a retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (artigo 5º, inciso LXXII, alíneas "a" e "b").

Garantia de que se poderá valer gratuitamente (artigo 5º, inciso LXXVII), entende a doutrina¹¹ que a ação de *Habeas Data* tem por fim tutelar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos contra o uso e conservação em registros de dados falhos, obtidos por meios fraudulentos ou ilegais, bem como a introdução em tais registros de dados sensíveis relativos à origem racial, opinião política, religiosa e filosófica, orientação sexual etc ..

¹¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 500-1.

3.4. MANDADO DE INJUNÇÃO

Podemos definir o Mandado de Injunção como a medida constitucional de que se vale o indivíduo para buscar a tutela jurisdicional apta a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, inexecutável por falta de norma regulamentadora (artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal).

A utilização da garantia tem por pressuposto; a inexistência de norma regulamentadora (lei ou regulamento) e a inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania¹². Sua finalidade é a obtenção de um pronunciamento judicial que, reconhecendo a ausência de norma regulamentadora, estipule as condições para que o impetrante exercite o direito de liberdade ou prerrogativa.

3.5. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

Mandado de Segurança é o remédio constitucional que se destina a assegurar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício, atribuições do Poder Público (artigo 5º, inciso LXIX).

Regulamentado pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, o Mandado de Segurança individual tem por objeto a correção de ato ilegal (omissivo ou comissivo) atentatório a direito líquido e certo do impetrante.

A expressão "direito líquido e certo" é, por todos criticada. É que, na verdade, ela não se refere ao direito objetivo, norma que o Judiciário decide ser aplicável ao caso concreto. Refere-se ao direito subjetivo do impetrante que deve ser aferido pelo exame dos fatos alegados e devidamente provados através dos documentos que acompanham a inicial, salvo na hipótese do parágrafo único, do artigo 6º, da Lei nº 1.533/51¹³.

O ato que se pretende invalidar por intermédio do *mandamus* deve ter sido praticado com o vício da ilegalidade ou abuso de poder, consoante se expressou o legislador constitucional. Tal enunciado somente se justifica pela tradição posto que, nos tempos hodiernos, é pacífica a compreensão doutrinária segundo a qual a ilegalidade é gênero de que o abuso de poder é, apenas, uma de suas espécies.

A autoridade que pratica ato passível de constrição, denominada autoridade coatora, é aquela investida pela ordem jurídica na competência ilegalmente

¹² Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 557; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. Cit., p. 507.'

¹³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 552.

utilizada¹⁴. Não se confunde com o sujeito passivo do Mandado de Segurança (União, Estados, Municípios ou quaisquer pessoas jurídicas, de direito público ou privado, que desempenhem atribuições do Poder Público).

É pacífico o entendimento de que o *writ* é instrumento preventivo e repressivo. Na primeira hipótese, a segurança é concedida para coibir ameaça, comprovado o "justo receio"; na segunda, a segurança é concedida a fim de que se alcance a correção da lesão, provada por fatos incontroversos.

Por fim, registre-se a possibilidade de ser concedida medida liminar, a requerimento do impetrante, que deverá ser concedida pelo Juiz (entendem alguns que é faculdade discricionária, com o que não concordamos), ao despachar a inicial, determinando a suspensão do ato impugnado, quando for relevante o fundamento da impugnação e dele puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida (artigo 7º, inciso II, da Lei 1.533/51).

3.6. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Inserido no texto constitucional em vigor, o Mandado de Segurança Coletivo é a garantia de que dispõem os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, os sindicatos, entidades de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, estas últimas, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (artigo 5º, inciso LXX).

Os pressupostos do writ coletivo são os mesmos do individual¹⁵: ato ilegal de autoridade do qual decorra lesão ou ameaça a direito líquido e certo.

Não obstante as dúvidas doutrinárias e as vacilações da jurisprudência, estamos com os que pregam ser a nova espécie de mandado de segurança instrumento estabelecido para ampliar o elenco dos meios de controle corretivo dos atos ilegítimos praticados pela Administração contra os interesses coletivos e difusos, particularmente quando manejado por partido político, bem como dos direitos subjetivos individuais e coletivos reclamados pelas entidades sindicais e associações na defesa de seus componentes e associados.

No que diz respeito ao procedimento entende-se que deva ser observado o estabelecido na Lei 1.533/51¹⁶.

3.7. AÇÃO POPULAR

Ação popular é o meio constitucional conferido ao cidadão, na condição de substituto processual de todo o povo¹⁷, para invalidar ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio

¹⁴ Lúcia Valle Figueiredo, op. cit., p. 255.

¹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit. 521.

¹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit. 524

¹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, op. cit., p. 554.

ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (artigo 5º, inciso LXXIII).

Com seu procedimento estabelecido na Lei 4.717/65, a ação popular tem por objeto a invalidação do ato lesivo e a condenação dos responsáveis e beneficiários ao pagamento de perdas e danos (artigo 11, da L. A. P.).

A legitimidade para agir, deferida exclusivamente ao cidadão, brasileiro nato ou naturalizado, no gozo dos direitos políticos, é criticada pela doutrina mais lúcida¹⁸, que defende sua extensão às entidades de classe.

O patrimônio que se busca proteger por meio da ação popular engloba o das pessoas jurídicas políticas, suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, das sociedades mútuas de seguro nas quais a União representa os segurados ausentes, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra, de empresas incorporadas ao patrimônio público, de pessoas jurídicas subvencionadas pelos cofres públicos, bem como os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (artigo 1º e parágrafo 1º, da LAP).

Por fim, em face do interesse público que visa a ação popular resguardar, poderá ser requerida a suspensão Liminar do ato impugnado, caso estejam presentes no caso concreto as circunstâncias previstas para a concessão da medida liminar em mandado de segurança (artigo 5º, parágrafo 4º)¹⁹.

3.8. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ação Civil Pública é o instrumento processual manejável para proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica, bem como a qualquer outro interesse coletivo ou difuso.

Regulada pela Lei 7.377/85, e prevista no texto constitucional (artigo 129, inciso III), pode ser utilizada como excelente instrumento de controle da Administração pelo Judiciário nos casos em que os interesses difusos sejam ameaçados ou violados por atos ilegítimos das autoridades administrativas.

Tendo por objetivo a condenação pecuniária ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a ação civil pública poderá ser cautelar, buscando evitar o dano iminente, ou principal, quando terá por escopo responsabilizar os que deram causa ao dano.

A propositura da ação pode ser levada a efeito pelo Ministério Público, pela União, Estados e Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista, bem como por associação constituída há pelo menos um ano e que tenha entre os seus fins institucionais a defesa dos interesses coletivos e difusos (artigo 5º e incisos I e II).

4 - LIMITES OU RESTRIÇÕES AO CONTROLE JUDICIÁRIO

¹⁸ Lúcia Valle Figueiredo, op. cit., p. 281.

¹⁹ Theotônio Negrao. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. Nota ao artigo 5º, 3a, da LAP, p. 706.

4.1. GENERALIDADES

A doutrina pesquisada dedica-se ao tema de três formas distintas, a saber:

a) a primeira abordagem afirmava no pretérito que os atos políticos, os legislativos e os interna *corporis* eram "*insuscetíveis de apreciação judicial*"²⁰. Posteriormente, evoluiu ao ponto de admitir que tais atos estavam "*sujeitos a controle especial*". A justificativa que apresentam os que assim entendem é que tais atos possuem um alto teor de discricionariedade, seriam discricionários por excelência, do que concluíam ser muito restrita a apreciação judicial dos mesmos.

b) em situação intermediária, há quem nomine "limites" ao discorrer sobre os atos políticos, normativos e os *interna corporis*, admitindo o controle jurisdicional com fundamento no artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior²¹.

c) por fim, aborda-se a questão de forma mais cuidadosa e profunda à luz do texto constitucional, referindo-se a "restrições ao controle judiciário" justificadas pelo princípio do equilíbrio dos Poderes e da conseqüente distribuição de competência levada a efeito pelo Estatuto Fundamental²².

É seguindo os caminhos abertos pela última abordagem que passamos a examinar o tema.

4.2. QUANTO A MATÉRIA

O legislador constituinte, tendo por escopo assegurar o necessário equilíbrio entre os Poderes, estabeleceu expressamente algumas hipóteses em que a competência decisória é outorgada ao Senado Federal ao Congresso Nacional, ao Tribunal de Contas da União e aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

São elas:

a) Ao Senado Federal compete privativamente:

* O processo e julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, assim como dos Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (artigo 52, inciso I).

* O processo e julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (artigo 52, inciso II).

b) É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

* O julgamento anual das Contas do Presidente da República (artigo 49, inciso IX).

c) compete ao Tribunal de Contas da União, aos Tribunais de Contas dos

²⁰ Hely Lopes Meirelles. op. cit., p. 609.

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro op. cit., p. 493.

²² Diogo de Figueiredo op. cit., pp. 189 a 192

Estados e dos Municípios, nas suas respectivas esferas:

* O julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (artigo 71, inciso li, combinado com o artigo 75).

Em tais hipóteses não dispõe o Judiciário de competência para decidir, outorgada pela Constituição ao Poder Legislativo, ao Senado Federal ou aos órgãos auxiliares do Legislativo. No entanto, não são tais matérias insuscetíveis de apreciação judicial. O que o texto constitucional vedou ao Judiciário foi a competência de decidir. Isto porque quem sofrer violação de seus direitos causada pela decisão proferida nestes julgamentos poderá reclamar a tutela jurisdicional nos termos do artigo 5º, inciso XXXV.

Finalizando, alerte-se que estas matérias são as únicas para as quais a Constituição não outorgou competência decisória ao Judiciário.

4.2. QUANTO À AMPLITUDE DO ATO DE CONTROLE

Trata-se aqui de duas hipóteses que restringem a amplitude da apreciação. Não se confundem com as hipóteses de restrições quanto à matéria porque nelas o Judiciário não dispunha de competência decisória, outorgada a outro Poder.

A primeira restrição refere-se ao remédio constitucional do *habeas corpus*, cuja utilização não cabe contra as punições disciplinares militares (artigo 142, parágrafo 2º). Ressalte-se que a restrição atinge o *habeas corpus*, não a competência do Judiciário na matéria.

A segunda restrição constitucional à amplitude do ato de controle resulta do princípio da separação dos Poderes (artigos 2º e 60, parágrafo 4º, inciso III). Impede o princípio constitucional que o ato de controle substitua a decisão do Legislativo e do Executivo viciada pela decisão normativa ou administrativa que o Judiciário entenda apropriada. Nestes casos, em que o Legislativo e o Executivo praticam atos, com fundamento na competência constitucional que lhes é própria, eivados de ilegalidade, a decisão do Judiciário não pode ir além do pronunciamento da ilegalidade, sob pena de malferir o princípio da Separação dos Poderes.

4.4. QUANTO À OPORTUNIDADE DO PRONUNCIAMENTO

A restrição quanto à oportunidade do pronunciamento judicial, apesar de não se encontrar expressa no texto constitucional, impõe-se em razão de ordem lógica e tem por fundamento a separação dos Poderes.

Tal restrição ocorre nas hipóteses em que o ato impugnado não se encontra perfeito. Nestas situações não poderá o Judiciário, por uma razão lógica, invalidar, por exemplo, um ato administrativo concreto se ele ainda não se encontra

perfeito, nem decidir que a autoridade administrativa deve se abster de praticá-lo. Entretanto, em face da garantia constitucional da tutela preventiva, poderá o Judiciário impedir que o ato, ao se tomar perfeito, produza efeitos lesivos. Outra não pode ser a solução porque, em casos desta espécie, a decisão judicial que impedisse qualquer dos outros Poderes de praticar os atos que lhe competem afrontaria a Constituição.

4.5. QUANTO À EXTENSÃO DO PRONUNCIAMENTO

A restrição quanto à extensão do pronunciamento é por todos lembrada²³, quando discorrem a respeito dos atos normativos: em regra, o pronunciamento jurisdicional só produz efeitos entre as partes que integravam a relação jurídica processual decidida.

Daí resultou que as leis e atos normativos não se sujeitam à invalidação pelos meios de controle jurisdicional postos à disposição dos administrados, pois tais atos legislativos e administrativos são genéricos e abstratos e, por isso não atingem direitos individuais. Reconhecendo o Judiciário em um caso concreto em exame a ilegalidade do ato normativo impugnado, a decisão proferida não o invalida, apenas inadmite sua aplicação. Há, porém, duas exceções em que a lei em tese pode ser invalidada:

a) as leis de efeitos concretos²⁴. Em verdade, se estabelecem efeitos concretos são leis apenas formalmente, pois materialmente são atos administrativos.

4.4. QUANTO À OPORTUNIDADE DO PRONUNCIAMENTO

A restrição quanto à oportunidade do pronunciamento judicial, apesar de não se encontrar expressa no texto constitucional, impõe-se em razão de ordem lógica e tem por fundamento a separação dos Poderes.

Tal restrição ocorre nas hipóteses em que o ato impugnado não se encontra perfeito. Nestas situações não poderá o Judiciário, por uma razão lógica, invalidar, por exemplo, um ato administrativo concreto se ele ainda não se encontra perfeito, nem decidir que a autoridade administrativa deve se abster de praticá-lo. Entretanto, em face da garantia constitucional da tutela preventiva, poderá o Judiciário impedir que o ato, ao se tomar perfeito, produza efeitos lesivos. Outra não pode ser a solução porque, em casos desta espécie, a decisão judicial que impedisse qualquer dos outros Poderes de praticar os atos que lhe competem afrontaria a Constituição.

4.5. QUANTO À EXTENSÃO DO PRONUNCIAMENTO

A restrição quanto à extensão do pronunciamento é por todos

²³ Diogo de Figueiredo, op. cit, p. 191; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit, p. 493; Hely Lopes Meirelles, op. cit, p 610.

lembrada²⁴, quando discorrem a respeito dos atos normativos: em regra, o pronunciamento jurisdicional só produz efeitos entre as partes que integravam a relação jurídica processual decidida.

Daí resultou que as leis e atos normativos não se sujeitam à invalidação pelos meios de controle jurisdicional postos à disposição dos administrados, pois tais atos legislativos e administrativos são genéricos e abstratos e, por isso não atingem direitos individuais. Reconhecendo o Judiciário em um caso concreto em exame a ilegalidade do ato normativo impugnado, a decisão proferida não o invalida, apenas inadmite sua aplicação. Há, porém, duas exceções em que a lei em tese pode ser invalidada:

a) as leis de efeitos concretos²⁴. Em verdade, se estabelecem efeitos concretos são leis apenas formalmente, pois materialmente são atos administrativos.

b) as leis e atos normativos federais e estaduais que contrariem a Constituição Federal, submetidos ao Supremo Tribunal Federal por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 102, inciso I, alínea "a"). Em se tratando de leis ou atos normativos, estaduais ou municipais contrários à Constituição Estadual compete ao Tribunal de Justiça apreciar a representação de inconstitucionalidade (artigo 125, parágrafo 2º).

5 - CONCLUSÃO

De todo o exposto, extraímos as conclusões que seguem:

a) o controle jurisdicional da Administração Pública é exercido exclusivamente pelo Judiciário, mediante provocação dos que buscam proteger seus direitos individuais, coletivos e difusos violados ou ameaçados por comportamentos lesivos do Poder Público;

b) constitui o controle jurisdicional, ao lado do princípio da legalidade, um dos fundamentos do Estado de Direito;

c) por intermédio deste controle, busca-se assegurar uma atuação administrativa em conformidade com os princípios informadores do regime jurídico-administrativo;

d) a Constituição de 66 veio indiscutivelmente fortalecê-lo na medida em que instituiu novos meios específicos de controle e, por via destes, ampliou a proteção dos administrados, ao tomar possível a defesa dos interesses coletivos e difusos;

e) ressalva-se, contudo, que em Juízo goza a Administração Pública de privilégios que têm por fundamento a supremacia do interesse público sobre o particular;

f) o Estatuto Fundamental prevê expressamente um conjunto de garantias destinadas especificamente à proteção dos administrados contra os comportamentos ilegítimos da Administração;

g) nos dias atuais não encontram amparo as opiniões doutrinárias que preguem a existência, no Estado Democrático de Direito, de atos "insuscetíveis de

²⁴ Hely Lopes Meirelles, op. cit, p. 611; Diogo de Figueiredo, op. cit, p. 191.

apreciação judicial";

h) as investigações a respeito das restrições ou limitações ao controle judicial não podem partir da análise de certos atos que se pretendam dotados de "alto teor" de discricionariedade;

i) tampouco é suficiente que se justifique a apreciação judicial dos atos políticos, normativos e *interna corporis* com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior;

i) tampouco é suficiente que se justifique a apreciação judicial dos atos políticos, normativos e *interna corporis* com base no artigo 5º^D, inciso XXXV, da Lei Maior;

j) a investigação a respeito das restrições ao Controle Jurisdicional deve ser levada a efeito à luz do texto constitucional;

l) constituindo o Controle Jurisdicional um dos fundamentos do Estado de Direito, em princípio, só devem ser admitidas restrições fundadas no princípio da Separação e Equilíbrio dos Poderes, cuja inobservância inviabiliza o próprio Estado de Direito;

m) em regra, as restrições ao controle quanto à matéria, quanto à amplitude do pronunciamento, quanto à oportunidade e quanto à extensão do pronunciamento encontram-se expressos na Constituição ou nela se fundamentam.

6 - BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". 5- edição. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ, Sérgio. "Controle da Administração Pública na Constituição de 1966". RTDP, 4/239.

FIGUEIREDO, Lúcia valle. "Curso de Direito Administrativo". 2- edição. São Paulo : Malheiros Editores.

MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". 19- edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". Sedição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Curso de Direito Administrativo". 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NEGRÃO, Theotônio (org.). "código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor". 26- edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Juarez de (org.). "Constituição da República Federativa do Brasil". 11³ edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIREITO A EDUCAÇÃO E INICIATIVA PRIVADA

Vladimir Azevedo de Mello

Acadêmico do 3º Período do Curso de Direito da UFRN

"A circunstância de o direito não caber por sorte aos povos sem dificuldades, antes de terem eles, para o obter, de se agitar e de lutar, combater e derramar o próprio sangue, esta circunstância precisamente cria entre eles e o seu direito esse laço íntimo que o risco da vida cria no parto entre a mãe e o novo filho" ..

Rudolf Von /hering

INTRODUÇÃO

O trato da questão educacional para as nações, seja nas que aspiram ao *status* de primeiro mundo, sejam nas que pretendem manter tal condição, é motivo de preocupação permanente da sociedade e dos governos. O assunto, em função dos desdobramentos que se projetam, invariavelmente, sobre todo o corpo social, requer cuidado e ocupa lugar de destaque nas políticas de desenvolvimento e de metas econômicas. Envolve a sociedade como um todo e volta-se aos interesses desta.

No momento atual, a questão da presença da escola privada no sistema educacional brasileiro, ante a grave crise pela qual passa o ensino público, e, sobretudo, em face do problema dos valores alcançados pelas mensalidades escolares, coloca em discussão a posição a ser adotada pelo Poder Público em relação ao direito de acesso à escola.

Séria afronta aos ditames constitucionais é a adoção, por empresários do setor educacional, de mecanismos que objetivam a limitação do acesso e permanência dos educandos na escola privada, nos moldes dos sistemas de proteção ao crédito.

No tentame de evidenciar tais circunstâncias, discorreremos acerca dos princípios e direitos a serem observados no trato da questão, mormente o princípio da universalidade e os direitos sociais, bem como sobre pertinência da intervenção estatal direta em relação à limitação dos valores a serem alcançados pelas mensalidades escolares.

EDUCAÇÃO - ABORDAGEM HISTÓRICA

A evolução humana pronuncia-se em duas ordens distintas, que lhe são, porém, igualmente caracterizadoras: a ordem natural e a ordem social.

Em relação à ordem natural, as regras que determinam as suas manifestações são fixadas sem que aja sobre elas a vontade humana. São elaboradas tratando ao largo a ingerência do homem.

A ordem social, por outro lado, dista da ordem natural justamente por ser conduzida segundo os desígnios da volição humana. É a ação humana o fator determinante da evolução na ordem social.

Acerca deste dualismo, pronunciou-se J. Elias Dubard de Moura Rocha:

"Por conta desta distinção substancial é que se pode distinguir a

Ordem Natural da Ordem Social. Nesta o homem cria e modifica, renova e inova, transforma e perpetua (grifo nosso), tudo conforme a vontade humana em meio a fatores permanentes e circunstâncias variantes que condicionam, mais ou menos, a conduta. Naquela o homem sujeita-se à ordem acomodando-se a ela e se limita a uma atitude meramente descritiva. Ora, as ahelhas organizam-se em colméia a milhões e milhões de anos sem que tenha havido mudança e, se houve, foi por fatores externos e não pela vontade de tais insetos. Nas sociedades humanas não é necessário sequer exemplificar as transformações havidas no curso de sua história. Dera-se por impulsos volitivos dos elementos componentes, isto é, os indivíduos que as formavam. Diferem-se, pois, Ordem natural e Ordem social pela possibilidade real de os elementos componentes modificarem a Ordem por impulso da vontade "' . (2:21).

A evolução na ordem social faz eclodir a necessidade de que, a cada geração, seja legada a carga de conquistas e aprendizados das gerações anteriores, incluindo os elementos culturais caracterizantes do povo, além dos avanços técnicos e de produção. Contudo, a transmissão dos conhecimentos construídos não se fez, e não se faz, meramente por meio de instituições de ensino, tais como conhecidas atualmente, embora sejam elas, hoje, os instrumentos mais eficazes de educação.

O homem, nos vários matizes da vida em sociedade, acaba por educar seu semelhante, ainda que de maneira involuntária, fazendo com que valores morais, éticos, cívicos, religiosos, culturais e políticos, além de outros, sejam transmitidos e perpetuados.

Ao longo do processo histórico, no entanto, as características dos processos educacionais foram sendo alteradas, havendo a presença estatal desde os primórdios. Em Esparta, sob a liderança de Licurgo, a educação do varão era atribuição familiar até os sete anos de idade, quando era este, então, entregue ao Estado, que se encarregava de complementar o processo.

É de valia o magistério de Orlando Soares:

"De acordo com cada etapa histórica dos diferentes povos e civilizações, bem como em virtude da influência de múltiplos fatores - culturais e sociais -, podemos considerar que o caráter da educação primitiva, na época tribal, era natural, espontâneo; o das civilizações clássicas assumiu a forma essencialmente política; o medieval teve a feição religiosa; o do século XVII foi realista, como reflexo das preocupações com os métodos científicos, pela busca do conhecimento cada vez mais acurado, com base na experiência; o do século XVIII foi racionalista, inspirado no princípio segundo o qual nada existe que não tenha razão de ser, isto é, que não seja inteligível, irrecusável "a priori", evidenciando-se com as demonstrações; o do século XIX, marcado pela intervenção do Estado nas diretrizes educacionais na formação da consciência nacional, com a instituição da escola primária universal, gratuita e obrigatória; o do século XX, conquanto difícil a sua distinção, sobretudo devido à existência de dois Pólos políticos marcantes- isto é, os sistemas capitalista e socialista -, revela anseios democráticos

generalizados, de afirmação da soberania popular". (4:661).

Infere-se, portanto, que houve, ao longo dos tempos, o gradativo abandono da idéia da escola restrita ao seletivo grupo dos mais abastados e à pequena casta de soberanos, sendo sedimentada, principalmente durante os séculos dezanove e vinte, a concepção da escola democrática e acessível a todo o corpo de cidadãos, ou seja, de caráter universal.

A escola de caráter universal e gratuito recebe abrigo, atualmente, de quase todos os sistemas jurídicos, sobretudo daqueles em que a população experimenta níveis de vida superiores aos dos países com elevados índices de analfabetismo e evasão escolar.

No Brasil, da sanha jesuíta direcionada à catequização dos nativos, que se valia de métodos pedagógicos rudimentares, até a instalação dos primeiros cursos de nível superior em Olinda e São Paulo, em 1827, a educação foi tratada à míngua de qualquer recurso público, sendo registrada, até mesmo, no ano de 1800, uma advertência da coroa portuguesa, mediante aviso real, à Câmara Municipal de Tamanduá, em Minas Gerais, por ter esta instituído uma escola primária.

Após o malfadado golpe de 1964, o sistema educacional, gerenciado basicamente pelo Estado, foi sucedido por um outro de natureza eminentemente privada. A nova sistemática perverteu a noção de que a educação de qualidade é direito de todos, fazendo crer que a condição *sine qua non* para o acesso ao bom ensino é a condição financeira e, numa atitude de crime de lesa-pátria, alijou parcela significativa da população - por meio do arruinamento da boa escola pública - daquilo que é a redenção de qualquer povo: a educação de qualidade.

Atualmente, embora receba tratamento constitucional e seja regido pelo princípio da universalidade, o problema inerente ao direito à educação apresenta um quadro funesto, sobretudo ante a inércia governamental, e que vem se agravando pela sobreposição qualitativa da escola privada em relação à escola pública, o que impele a população ao abandono desta e à submissão ao caráter essencialmente mercantilista daquela.

EDUCAÇÃO - ABORDAGEM JURÍDICA

O surgimento do Estado de Direito, sucessor do Estado Absolutista, traz consigo a imposição de que as ações estatais não mais sejam orientadas pelos enlevos do poder total. Caracteriza-se, basicamente, pela sujeição do agir do Estado, assim como dos cidadãos, à baliza da lei, e, igualmente, pela possibilidade de proteção destes quando emanar daquele ato que exorbite os parâmetros legalmente estabelecidos.

O Estado de Direito, em sua configuração liberal, marcada pela limitação da ação estatal e pela abstração, generalidade e caráter meramente sancionador da ordem legal, e em sua forma social, assinalada pelo caráter empreendedor do ente estatal e com a lei voltada para a garantia das ações deste, voltava-se à implementação de uma determinada ordem a ser estabelecida.

Todavia, o contorno Democrático assumido pelo Estado de Direito conduz à busca de objetivo diverso. Deve, tal instituição, tencionar a modificação das

relações sociais objetivando a superação das desigualdades e o estabelecimento de uma sociedade mais justa e de uma ação governamental voltada aos interesses da coletividade.

Com referência ao tema, José Luis Bolsan de Moraes leciona:

"Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a imitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do "status quo". A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais". (1:83).

O Estado brasileiro, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social" segundo as linhas preambulares da Constituição vigente, cuja opção pela feição democrática vem insculpida já no art. 1º da Carta Política de 1988, deverá marcar as suas ações, portanto, pela geração de esforços para que sejam atingidos e mantidos os objetivos supracitados, especialmente os delimitados e nascidos sob a rubrica de direitos e garantias individuais, a exemplo dos constantes do Título II de nossa Lei Maior.

E é nesse contexto que se apresenta o direito à educação, adscrito na Carta Magna, em seu artigo 6º combinado com o artigo 205. O ditame constitucional, segundo José Afonso da Silva, "eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem" (3:302) e traz como consequência o fato de que:

"se afirma que a educação é um direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula - a educação é dever do Estado e da família -, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família". (3:302).

Sobre os desdobros da garantia do direito à educação, pronuncia-se ainda o insigne constitucionalista:

"A norma assim explicitada - 'A educação, direito de todos e dever do Estado e da família ...' (arts. 205 e 227) - significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A constituição mesma já considerou que o

acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente". (3:302).

Segue ensinando o ilustre jurista:

"As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao poder público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 2/3)". .. (3:302-3).

O ensinamento do mestre constitucionalista serve de lastro para a abordagem que será sugerida para o tema, sendo necessário, entretanto, tangenciar o insculpido no art. 209 da Lei Maior. Reza:

"art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público".

O sistema educacional pátrio, seguindo o espírito democrático e pluralista avultado na *Lex Mater*, abre ensanchas para a coexistência do sistema público e gratuito e do sistema privado com fins lucrativos, além dos sistemas de escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais.

Contudo, os sistemas público, privado e os demais de outra natureza encontram-se envoltos pelos mesmos princípios constitucionais, não constituindo sistemas estanques e regidos exclusivamente por regras próprias. A regra constitucional remete todos os sistemas a seus princípios, fazendo respeitar, evidentemente, as peculiaridades de cada um, além de alguns valores da livre iniciativa.

Ao Poder Público impende a gestão do sistema público, sendo de sua atribuição a garantia dos requisitos de acesso para todos e qualidade de ensino capaz de assegurar instrução eficaz à população. Ressalte-se que, nesse mister, o Estado peca por inconstitucionalidade passiva permanentemente. É o *non facere* como posicionamento do Poder Público nacional.

A participação da iniciativa privada está delimitada pelos termos do art. 209 da Carta Magna. Está vinculada à autorização emanada do Poder Público e depende da obediência às normas gerais de educação e verificação de qualidade.

Tais normas são as referidas no inciso I do artigo 209 da Constituição Federal, e surgem já no próprio texto constitucional, sob a condição de Direito Social, tal como disposto nos arts. 6º e 205, além das diretrizes traçadas no artigo 206 e seus incisos, que devem permear, por obrigatórios, toda a legislação infraconstitucional.

Os princípios constitucionais devem nortear, portanto, não só as

diretrizes das políticas públicas para a educação, mas também a gerência do segmento privado.

Esta circunstância descaracteriza, até mesmo, ao contrário do que sustentam os proprietários de escolas, a natureza meramente empresarial dos estabelecimentos de ensino privados, afastando-os das imposições tipicamente mercadológicas, especialmente no que diz respeito à suspensão do fornecimento dos serviços ao consumidor.

Como consequência, não deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico nacional a pretensão do emprego de mecanismos que objetivam controlar o acesso à escola privada por meio de consulta a serviços de proteção ao crédito, por não se tratar, indubitavelmente, de uma operação creditícia, e sim do exercício de direito consagrado pela "Constituição Cidadã".

A redução do problema ao âmbito das relações creditícias e da prestação convencional de serviços é, em si, um procedimento iníquo, pois a opção pela escola privada é motivada, muitas vezes, pela inépcia governamental no que diz respeito à qualidade do ensino público, e esta deve ser a perspectiva a ser avaliada para a resolução dos embates jurídicos relacionados ao tema.

Na maior parte dos casos não surge em um pólo da demanda um devedor contumaz. Apresenta-se, isto sim, o cidadão dominado, de um lado, pelo revés econômico e pela exorbitância da maioria das mensalidades escolares, e de outro, pelo solapamento da escola pública.

Portanto, para que o problema seja equacionado de forma que se encontre uma solução que atenda ao problema da existência e viabilidade econômica dos estabelecimentos privados, bem como da compatibilização dos valores das mensalidades, é salutar a intervenção estatal, sobretudo na esfera legislativa.

Legislar a respeito, caso fosse a escola privada um ente meramente mercantil - hipótese que pode ser tornada despicienda, uma vez que nem sequer lhe compete estabelecer o conteúdo mínimo a ser ministrado, restando-lhe apenas a possibilidade de um *plus* curricular - não se constituiria afronta aos princípios da livre iniciativa e concorrência. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, ademais, parece apontar também nesta direção. É o que fica constatado em ementa da lavra do Ministro Moreira Alves:

"Ementa - Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de lucros.

- Não é, pois, inconstitucional a Lei 8039, de 30 de maio de 1990, pelo fato de dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. (••. r' (Supremo Tribunal Federal. Processo ADI 319/93. Relator Ministro Moreira Alves. Diário da Justiça de 30/04/93).

Nada obstante o entendimento da Excelsa Corte já tornar evidente a possibilidade de que se legisle sobre a matéria, a indicação de que este proceder deveria assumir caráter de obrigatoriedade, todas as vezes em que se constatar abusividade na estipulação das mensalidades, parece não encontrar obstáculos em nossa ordem constitucional, sobretudo porque a questão da participação da iniciativa privada, assim como citado algures, está vinculada à autorização emanada do Poder Público e depende da obediência às normas gerais de educação e verificação de qualidade.

Nesse diapasão insere-se a abordagem já feita alhures de que cabe ao Estado fomentar o acesso de todos ao ensino. O Estado está obrigado, portanto, a só conceder o exercício das atividades educacionais privadas àqueles que possam oferecê-las de maneira que não se tomem, como agora o são, óbice ao exercício desse direito sacrossanto.

O Estado brasileiro incidirá em equívoco se der tratamento que permita apenas a garantia do lucro dos estabelecimentos de ensino privado e que imprima ao cidadão tratamento de refém do poder econômico. O empresário que não conseguir prestar seus serviços à população de maneira acessível não merece, por contrariar as determinações da Carta Política de 1988, ter mantida a concessão de exploração do serviço. É defesa ao Estado, em face do determinado na Constituição sobre o tema e em função do alegado, de elastecer a tolerância sobre a problemática das mensalidades escolares.

O quadro atual é grave. O problema da inadimplência nas escolas particulares assumiu caráter de urgência para os empresários do ensino, cuja maioria é simulacro de educador. A inadimplência não é um problema apenas de natureza privada, e não habita exclusivamente a seara do Direito Civil, pois se relaciona com o interesse que toda a sociedade tem, ou pelo menos deveria ter, pela questão educacional. Inadimplência e direito à educação não estabelecem relação direta e imediata de causa e consequência.

Quando segmento significativo da sociedade manifesta-se enfaticamente sobre o transtorno em que se tem transformado manter um filho na escola, que lhe é imposto como obrigatório, não só no texto constitucional, mas também na legislação penal e civil, conjuntamente com o Estado, este está obrigado ou a garantir o mesmo padrão de qualidade das escolas privadas nas escolas públicas, e em suficiente número de vagas, ou a ampliar a renda das famílias, de maneira que estas possam suportar o ônus das mensalidades, ou ainda a suprimir a concessão de exercício da atividade, dada a impossibilidade de uma eficaz prestação do serviço, uma vez que educar crianças e jovens é interesse de todos e não deve sucumbir à incompetência empresarial daqueles que, desafinados com os mais modernos preceitos econômicos, não conseguem reduzir seus custos, ou estão viciados em lucros exorbitantes.

Por oportuno, parece razoável uma análise: o direito ao lucro deriva da determinação volitiva do sujeito que se dispõe a pagar determinado preço por produto ou serviço. A manifestação volitiva, por motivar estipulação negocial livre, não pode, portanto, vir maculada, por exemplo, por ato de coação. A inadimplência, nesta situação, levará prontamente às consequências previstas na legislação.

Situação diversa, porém, ocorre em relação ao ensino. Ao matricular em instituição de ensino, seja ela pública ou privada, menor sob sua responsabilidade, os pais ou responsáveis não estão praticando um ato livre de coação. Mesmo que não

saibam, há naquela ação resposta a imposição legal que traz em seu conteúdo um elemento sancionador, caracterizador da coação.

Basta uma avaliação perfunctória para que se evidencie a disparidade das duas situações e para que, então, acolha-se a idéia de que não podem, por conseguinte, projetar as mesmas conseqüências.

Ora, raciocinar contrariamente seria admitir a possibilidade de que as pessoas estão obrigadas por lei a garantir a lucratividade alheia a todo custo, o que não é veraz, pois que as pessoas só devem ser compelidas a esta ou aquela ação quando disto depender a manutenção do equilíbrio social, não se enquadrando a garantia de lucro para os mercenários do saber na questão em tela.

Todavia, surge uma indagação: por que optar pelo ensino privado, de alto custo, quando há a possibilidade de ingresso em estabelecimentos oficiais, gratuitos por determinação da própria Lei Maior?

A refutação surge mediante exame sobre o que objetivam os povos quando decidem dedicar especial atenção à questão do ensino. A formação das futuras gerações não é apenas transmissão automática de informações e dogmas de caráter científico, moral ou cultural. É um processo elaborado por intermédio do qual os fatores de identidade cultural e nacional, assim como o conhecimento científico necessário ao desenvolvimento tecnológico, são transmitidos às novas gerações, de forma a viabilizar o desenvolvimento do país e a melhoria das condições sociais. Supõem aquisição de uma consciência crítica que possa auxiliar na resolução das questões nacionais.

O Estado brasileiro afastou-se tanto deste objetivo quanto da qualidade do ensino ministrado em seus estabelecimentos, enquanto a família, por seu turno, cumpre a sua obrigação constitucional ao buscar sempre a educação eficaz. O governo compele para a esfera privada - que ao menos aparentemente garante melhor qualidade de ensino - aqueles que, a custo de sacrifício, podem arcar com o custeio do ensino privado. Por isso o cidadão opta, quase que forçosamente, por pagar o ensino, em função da incúria governamental sobre o tema.

A presença da iniciativa privada na educação pressupõe lucro. Mas visa também a garantir um sistema educacional plural, em sintonia com o espírito democrático exaustivamente ressaltado na Carta da República. Entretanto, a questão do retorno econômico para aqueles que se ocupam da atividade educacional, investindo em instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada, também deve ser alvo de análise ética e jurídica por parte de toda a sociedade.

O lucro é, igualmente, um dos mecanismos de manutenção do sistema educacional multifário, e também deve receber proteção da ordem legal, que deve objetivar, até mesmo, a punição do mau pagador, que se constitui elemento igualmente danoso ao sistema de ensino.

Todavia, os mecanismos a serem adotados devem garantir proteção ao direito à educação, no mínimo enquanto vigente o contrato celebrado com o estabelecimento de ensino, sem que seja vedado, igualmente, o direito à matrícula nas instituições privadas em função de consulta a sistemas de proteção ao crédito, devendo responder, em caso de inadimplência, o patrimônio dos contratantes. Em síntese, parece válida a adoção de quaisquer medidas de cobrança, exceto aquelas que resultem na suspensão ou denegação do exercício do direito.

Ante o exposto, e diante do atual quadro, alguns segmentos da iniciativa

privada não vêm atendendo aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, fato este que deveria conduzir tanto o Estado como a sociedade a analisar o problema sob vários enfoques.

Não pode o Governo, acuado por empresários do setor, tratar a questão como essencialmente de natureza econômica, mas sim fazer vergar os estorvos aos princípios da universalidade e da igualdade, que regem a matéria.

A sociedade, por sua vez, deve buscar, por meio dos canais democráticos de participação política, a adoção dos instrumentos necessários ao pleno atendimento do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 208 da Constituição da República, superando a índole mercantilista do governo, porquanto o embrião do problema é, sem réstia de dúvida, a feição estatal que relega os interesses sociais em proveito de uma elite pouco atenta aos clamores da coletividade.

CONCLUSÃO

A educação de qualidade é questão relevante. Mereceu as bênçãos da Constituição de 1988 e a participação da iniciativa privada deve cumprir as normas gerais da educação nacional, que nascem na própria Carta Política e que garantem a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, não podendo o ordenamento jurídico propor soluções que se distanciem dessas premissas.

Permitir a instauração de controle de acesso, mediante consulta a serviços de proteção ao crédito e de outras punições aos alunos que bloqueiem o exercício do direito à educação, fere de morte não só a Constituição, mas também toda a nação, que se vê cada vez mais comprimida na vala comum dos povos analfabetos. Portanto, as pelejas surgidas da negação ou dos estorvos ao exercício do direito à educação não devem merecer o mesmo tratamento dado às questões voltadas à resolução de problemas de cunho individual. As questões jurídicas derivadas dos embaraços às garantias sociais, embora possam trazer em seus arcabouços entes individualizados, devem ser dirimidas considerando-se os interesses difusos envolvidos.

As conseqüências dos embaraços ou da denegação do direito à educação, seja ela pública, seja privada, a uma parcela significativa da população, serão amargadas por todo o corpo social, e é em função deste corpo que deve se posicionar o ordenamento jurídico pátrio, desprezando, tanto quanto possível, a imposição de interesses empresariais que ambicionam lucratividade a todo custo.

Todo o quadro trazido à baila poderia até mesmo sugerir a não permanência da iniciativa privada no setor, mas tal procedimento poderia resultar em malefício para a sociedade. Contudo permitir que seja associado o direito à educação de qualidade à capacidade de pagamento de uma escola particular também é grave erro e apenas contribui para que se vá erigindo uma sociedade calcada na aceitação da desigualdade e da indiferença para com os semelhantes.

Educar um país está longe de ser um filão de natureza essencialmente lucrativa e mercantil, que mereça apenas abordagem mercadológica, como quer sugerir o furor neoliberal. É tarefa para os abnegados. É altruísmo social e merece a proteção integral do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais - O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. Poderes do Estado e Ordem Legal. Editora Universitária da UFPE, Recife, 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 10⁸ edição, Malheiros, São Paulo, 1995.

SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil, 8⁸ edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

