

REVISTA JURÍDICA

IN VERBIS

REVISTA JURÍDICA

IN VERBIS

REALIZAÇÃO

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

APOIO

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

Número 06 - Segundo Semestre - 1997

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 NATAL/RN**

REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS*
v.3, n. 6. (jul/dez 1997 -)
Natal: Editora da UFRN - EDUFRN, 1997_

Semestral

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

CDU - 34

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

REVISTA JURÍDICA

IN VERBIS

REITOR

JOSÉ IVONILDO DO RÊGO

VICE-REITOR

ÓTOM ANSELMO DE OLIVEIRA

DIRETORA DO CCSA

MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

PROFESSORES CONVIDADOS

DARCY PINHEIRO

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

FRANCISCO BARROS DIAS

JOSÉ MIQUÉIAS ANTAS GOUVEIA

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES

PAULO LOPO SARAIVA

PAULO ROBERTO DANTAS DE SOUZA LEÃO

RICARDO WAGNER ALCÂNTARA

ROSENITE ALVES DE OLIVEIRA

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

COMISSÃO EDITORIAL

CAIO MARQUES BEZERRA

ELIANE NASCIMENTO DE MELO

FRANCISCO CLÁUDIO DE MEDEIROS JÚNIOR

HALLISON RÊGO DANTAS

JESSICA CARVALHO MORRIS

PAULO SÉRGIO DUARTE DA ROCHA JÚNIOR

VIVIAN MARASSI DE SOUZA ALMEIDA

CAPA

PROFESSORA FÁTIMA MARIA DANTAS COSTA

NORMALIZAÇÃO

PROFESSORA MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

EDITO RAÇÃO ELETRÓNICA

CAIO CÉSAR MARQUES BEZERRA

EDITORIAL

A Revista Jurídica *In Verbis*, completa com este número, três anos de idade e, ao final deste período, é necessária uma rápida prestação de contas.

A Revista tenta dar ampla divulgação aos trabalhos nela publicados; enviando seus exemplares para todo país, através do setor de doações da Biblioteca Central Zila Mamede (UFRN) assim como, para o exterior quando solicitada. Este é o fim precípua da revista.

Além desse trabalho, a comissão editorial, a cada número finalizado, tem a preocupação de trazer ao nosso Estado nomes de destaque no âmbito do Direito, cujo objetivo é promover debates sobre temas que dominam o cenário jurídico nacional, a saber: Arrisson Targino, em dezembro de 1995; José Augusto Delgado, Ivan Maciel e José Taumaturgo Ferreira, em junho de 1996; Ivo Dantas, dezembro de 1996; e, em junho último, Paulo Lobo, trazido conjuntamente com a OAB e a Revista do Curso de Direito - RCD, coordenada pelo amigo sempre presente, Professor Walter Nunes.

É bom sempre lembrar que este trabalho é gratuito: não são remunerados palestrantes, editores nem os responsáveis pela editoração. O dinheiro das vendas é revertido para os gastos com material de expediente e, numa parcela maior, com a organização dos eventos já mencionados, não sobrando muita coisa para edição dos números vindouros. A revista subsiste graças à ajuda perene da diretora do CCSA, Professora Socorro Borba.

Gostaríamos de agradecer também a todos os professores que ajudaram na seleção dos trabalhos, especialmente, Elke Mendes Cunha que, apesar de cessados seus vínculos (administrativos) com a academia, muito colaborou na confecção deste sexto número, em todas as suas etapas.

Para o futuro, temos algumas novidades.

A *In Verbis* vai ganhando cara nova. Deixa a comissão, este ano, um dos fundadores da revista, Caio Marques Bezerra. Este, juntamente com Fabiano André, Fábio Barbalho (aquele do Jabá), Marcus Aurélio, Eduardo Cavalcanti, Emanuel Alcoforado, Kelps de Oliveira e Francisco Glauber editaram o primeiro número da *In Verbis* há três anos. Mas tudo bem. Perdemos um, mas conseguimos arregimentar outros quatro, os novos editores Vivian Marassi, Paulo Sérgio, Hallison Rêgo e Cláudio "Belém".

Queremos agradecer a colaboração maciça dos nossos amigos estudantes, que contribuíram com mais de cinqüenta artigos, provocando, inclusive, um ligeiro atraso no cronograma, pois não queríamos deixar de analisar cuidadosamente cada trabalho apresentado.

Devido a "chamada" que recebemos dos patrocinadores, a *In Verbis* encolheu um pouco para enxugar as despesas, em virtude da política austera de FHC para alguns setores do Estado, como saúde e educação.

Reduzimos de 240 para 160 páginas, conseqüentemente, não foram prestigiados todos os estudantes que contribuíram conosco. Pedimos, portanto, a compreensão destes e sugerimos que não abandonem seus esforços, aprimorem seus trabalhos uma vez que foram apresentados temas muito instigantes.

Partindo para outro t3pico que preocupou a comiss3o, 3 de bom alvitre a observa3o, pelos estudantes que pretendem publicar, das normas de apresenta3o de originais, constantes ao final de cada n3mero e das normas t3cnicas da ABNT, pois a *In Verbis* 3 uma revista cient3fica. Para ostentar seu n3mero do ISSN, tem de receber tratamento cient3fico. Certamente n3o 3 o caso daqueles que v3m colaborando conosco, mas o estudante que n3o segue as normas t3cnicas poder3 ter seu artigo reprovado "sem julgamento do m3rito".

A COMISS3O EDITORIAL

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE

PAULO ANDRÉ BENZ

EFEITO VINCULANTE: SUJEIÇÃO OBRIGATÓRIA SOMENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA

CAIO MARQUES BEZERRA

IMPOSSIBILIDADE DE REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

EMANUELLA CRISTINA PEREIRA FERNANDES

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - PREVISÃO DO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ALBA PAULO DE AZEVEDO

REFORMA ADMINISTRATIVA, ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO E DIREITO ADQUIRIDO

ANA CLÁUDIA GOMES DE MELO

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, PELA INDEVIDA INCLUSÃO DE NOMES EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO

FLÁVIA BEZERRA

CONTRATOS COLIGADOS POR DEPENDÊNCIA RECÍPROCA E UNILATERAL

RODRIGO FONSECA ALVES DE ANDRADE

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPARAÇÃO
THIAGO PEREIRA PINHEIRO

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SENTENÇAS MUTÁVEIS E COISAJULGADA
IZABEL CRISTINA PINHEIRO

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COISA JULGADA E PROCESSO PENAL *MORTON LUIZ FARIA DE
MEDEIROS*

ENSAIO FILOSÓFICO

ARTE E DIREITO

JOSÉ SOARES DE LIMA NETO

APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE

Paulo André Benz

Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da UFRN

Sumário: I - Exposição de motivos. II - Introdução histórica. III - A doutrina do *stare decisis* e a súmula vinculante. IV - O projeto brasileiro. V - O alvo da súmula vinculante. VI - Conclusão. Referências bibliográficas.

I - EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS.

Atualmente, fala-se com grande frequência nos meios jurídicos, da súmula vinculante. Mesmo assim, ainda é uma figura jurídica desconhecida. Muitas vezes tecem-se comentários de forma aleatória, e o desconhecimento a respeito é reforçado pela dificuldade em obter informações concretas sobre o assunto.

Artigos há, e apaixonantes, mas nem a todos acessíveis, assim como difícil de encontrar tem se mostrado a informação acerca do projeto legislativo que instaura em nosso arcabouço jurídico a súmula de efeito vinculante.

Longas discussões têm sido travadas entre os grandes nomes do panorama jurídico nacional, havendo severas divergências a respeito. Serve de exemplo nossa Corte Suprema, onde o atual presidente, Min. Celso de Mello, mostra-se radicalmente contrário à positivação de tal instituto, em contrapartida a seu antecessor, Min. Sepúlveda Pertence, ardoroso defensor da idéia.

A despeito de toda a divergência que corre campo entre os doutos, a recente aprovação no Senado, em dois turnos da proposta do Senador Ronaldo Cunha Lima, - que institui emenda à Constituição, implantando a súmula vinculante - demonstra :claramente que a largos passos a vinculação das decisões passa do campo do debate para o campo da realidade, estando, ao que parece, inevitavelmente destinada a fazer parte de nosso texto constitucional e da nossa realidade forense.

Acatada a premissa da iminente positivação, a discussão acerca do cabimento ou não do instituto passa a segundo plano. Surge a partir deste fato um novo leque de questões a serem debatidas e discutidas.

Qual o verdadeiro alvo da súmula vinculante, o judiciário ou o Poder Público? Como se dará o sistema recursal com a vinculação das decisões?

II - INTRODUÇÃO HISTÓRICA

Pode-se localizar alguns antecedentes da súmula de efeito vinculante na história do direito brasileiro, como os "assentos", na 2ª Ordenação e nas Ordenações Filipinas, que serviam para manter as decisões dos Juizes sob a tutela do monarca, e que tinham efeito vinculante. Mais recentemente os "prejulgados" previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, editados pelo Tribunal Superior do Trabalho, que obrigavam os Juizes de Tribunais Regionais e Juntas de Conciliação e Julgamento a decidirem em conformidade com suas proposições¹.

Por fim, temos a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja eficácia *erga omnes* vincula os Tribunais e Juizes de 1ª instância, instituto consignado no art. 102, §2º, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.93.

Nosso direito atual traz a presença das súmulas editadas pelos Tribunais, as quais, segundo seu idealizador, não se revestem de obrigatoriedade. Victor Nunes Leal, versando sobre sua criação, colocou claramente que a súmula teria função de repertório oficial de jurisprudência cujo escopo seria o de facilitar o trabalho da justiça, entretanto, despida de caráter vinculativo².

¹ Antônio Silveira Neto - Súmula de Efeito Vinculante. Internet, TEIA JURÍDICA. O artigo traz uma rica bibliografia para quem pretende aprofundar-se no assunto, mormente nos posicionamentos favoráveis e contrários à súmula vinculante. Sobre os Prejulgados o autor coloca que *"Após o banimento, na fundação da República, desse controle tirânico, moderadamente tivemos na Consolidação da Leis do Trabalho de 1943, a figura do Prejulgado, que atribuía ao Tribunal Superior do Trabalho a faculdade de estabelecer "prejulgado" a que ficariam obrigados os Tribunais Regionais e as Juntas de Conciliação e julgamento (§ 10. , do art. 902r.*

² Carmem Lúcia Antunes Rocha, em seu artigo sobre Súmula Vinculante, fala sobre a opinião de Victor Nunes Leal da seguinte forma: *"Para atingir as finalidades a que se propunha com a adoção das súmulas, é que os seus criadores tiveram o cuidado de dotá-la da condição de 'orientação de predominante e segura', mas sem força vinculativa obrigatória e definitiva para todos os órgãos do Poder Judiciário. Esse tem entre as garantias dos indivíduos outorgadas aos magistrados a da independência. Tal garantia é do indivíduo e das instituições democráticas e por isso mesmo não poderia ficar tolhida, atacanhada, talvez mesmo excluída, se não pudesse o juiz Interpretar e julgar segundo a interpretação dada a determinada norma de Direito caso submetida à sua competência decisória.*

Por Isso é que Victor Nunes Leal acentuava, em escólios sobre o tema e em citação muitas vezes transcrita, que a "súmula" realizou o "ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência ..., ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei', e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a "súmula" regula o procedimento pelo qual pode ser modificada... Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial. que é descabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o STF possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando e diminu

Em dois outros momentos, foram feitas tentativas de criar jurisprudência obrigatória, em 1946, através da "resolução unificadora da jurisprudência do STF", e no início da década de 70, com a "jurisprudência obrigatória". Em ambas as ocasiões, não lograram êxito as tentativas de aprovação.

III - A DOCTRINA DO *STARE DECISIS* E A SÚMULA VINCULANTE.

Não se fala sobre a súmula vinculante sem mencionar a doutrina do *stare decisis*, mais precisamente o artigo de Edward D. Re, "STARE DECISIS"(in RTJE, VOI122, Mar.1994), traduzido pela magistrada gaúcha Ellen Gracie Northfleet. Não poderia ser diferente em relação ao presente estudo.

Entretanto, nem sempre parece claro o paralelo que se traça entre a doutrina originada do *common law* e o instituto tupiniquim.

A doutrina do *stare decisis* que é representada por uma abreviatura do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, que costuma ser traduzido como "mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido", não se apresenta com as mesmas características vinculativas de nosso instituto.

Em verdade, o *common law* é sedimentado sobre a interpretação individualizada dos casos, e é mesmo parte de sua superestrutura que as decisões tomem verdadeiro caráter legislativo, dada sua construção jurisprudencial. Apesar disto, as decisões podem ser, segundo a nota da tradutora, vinculativas ou não vinculativas, e em suas palavras:

"As últimas, embora sem força de precedente, podem ter efeito persuasivo sobre as futuras manifestações jurisdicionais. O peso específico das decisões (a hierarquia da corte de que pro manam) bem como o peso relativo desses julgados (qualificação de seus prolores, bem como o fato de derivarem de manifestações unânimes ou apenas, eventualmente majoritárias), faz do sistema um sutil jogo comparativo. "

Importa que as decisões na doutrina do *stare decisis* têm antes de mais nada um caráter principiológico, no sentido de *principium*, começo. É a partir do precedente que o julgamento começa a tomar forma, entretanto, cabe ao juiz verificar se o precedente aplica-se ou não ao caso a ser julgado. Vale salientar o comentário do Professor Brumbaugh, citado por Edward D. Re (ob. cit.) quando afirma que:

"As decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de Justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Conseqüentemente, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem "

Com efeito, Antônio Silveira Neto traz em seu artigo sobre a Súmula do Efeito Vinculante, comentário feito por Dalmo Dallari acerca do trabalho do professor norte-

americano. Em sua opinião, não se pode extrair do texto que a orientação dos precedentes tenha caráter obrigatório, muito menos que os precedentes vinculem as decisões de outros Cortes. Sua opinião reforça a tônica principiológica dos precedentes judiciais no *common law*.

Ainda no mesmo trabalho, Edward D. Re é definitivo ao ponderar que:

"A doutrina do stare decisis conseqüentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os Tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior será aplicado".

Desta forma, parece ser razoavelmente distante a realidade que circunda a doutrina do *stare decisis* da que envolve a nossa iminente súmula vinculante. Aqui não se trata de precedente judicial de eficiência principio lógica, mas sim de uma força vinculante obrigatória, que na opinião de Carmen Lúcia Antunes Rocha não terá apenas força de lei, mas em verdade gozará de força de norma constitucional, somente podendo ser modificada pelo Poder Legislativo por Emenda constitucional.

IV - O PROJETO BRASILEIRO.

Dois projetos tramitam no congresso, buscando criar o vínculo para com as decisões de Tribunais de superior instância. O primeiro altera os arts. 478 e 479 do Código de Processo Civil, e o outro consiste em projeto de Emenda Constitucional de nº 96/92, cuja minuta é colacionada no artigo da Profª. Carmen Lúcia Antunes Rocha.

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

§ 1º - A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º - A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União; os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, ou que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou

cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

§ 4º - *O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.*

A minuta acrescenta ainda à competência do Supremo Tribunal Federal, regulada no art. 102, I da Constituição, a alínea "r", cujo texto será o seguinte: "a *reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes*".

V- O ALVO DA SÚMULA VINCULANTE.

o principal objetivo da súmula de efeito vinculante, segundo aqueles que lhe são partidários, é desafogar o judiciário, evitando que sejam levados aos Tribunais superiores os milhares de processos que hoje lhes chegam, os quais em sua grande maioria tratam de assuntos já julgados por estes Tribunais, ou seja, são processos repetitivos.

A vinculação, nos termos da proposta, dar-se-á em relação aos órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição, à administração pública direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dá-se assim à súmula vinculante, verdadeira força de lei.

A despeito das críticas levantadas a essa ruptura da ancestral divisão dos poderes, pelos opositores do emergente instituto, dando-se ao Poder Judiciário um espaço legiferante, em verdadeira substituição ao Poder Legislativo constituído (o que não nos é de todo estranho, já que o Executivo legisla com fervor através das Medidas Provisórias), reside neste caráter obrigatório, na força de lei que se prestará à nova súmula, aquela que me parece a maior incógnita a respeito do futuro do instituto.

Senão, vejamos. Sabe-se que a grande maioria dos processos que hoje abarrotam as prateleiras dos Tribunais superiores tratam de recursos interpostos pelo Poder Público, União e INSS em maior grau, e demais autarquias federais. Sabe-se também que em grande parte, tais recursos tem caráter meramente protelatório, visto que por serem decisões repetitivas, certamente os advogados da União e os procuradores das autarquias conhecem o posicionamento do Tribunal ao qual dirigem seus recursos, e mesmo sabendo que estes serão improvidos, os interpõem. Qual a orientação que grassa no Poder Executivo para esta inútil e procrastinatória febre recursal?

Façamos um rápido silogismo. Se um processo aforado contra o Poder Público lhe é desfavorável em todas as instâncias percorridas, pode-se dizer que o poder público deixou de cumprir com alguma obrigação que lhe era imposta por lei.

Se a súmula vinculante alcança o Poder Público (leia-se Executivo) com força de lei, onde está a garantia de que este irá cumpri-la, se não cumpre as próprias leis?

Pode-se argumentar com os efeitos penais previstos no projeto de Emenda Constitucional, com a caracterização do crime de desobediência, no caso de reiterado descumprimento das súmulas. O próprio tipo penal é vago. O que é reiterado descumprimento? Uma vez, duas, cem vezes?

Entretanto, pegue-se um exemplo prático e atual. O Supremo Tribunal Federal deu ganho de causa ao grupo de 11 servidores federais que pleiteavam o reajuste de 28,86% dado aos militares em 1992, em detrimento dos servidores civis.

No rastro da decisão do Supremo, vários juízes de primeira instância passaram, sequer havendo sido sumulada a matéria (mesmo nos moldes atuais), a conceder, através do ainda novo instituto da tutela antecipatória, a imediata implantação do reajuste ao salário dos servidores. Efetivamente uma forma de proteger os assalariados, poupando-os de buscar posteriormente, ao fim da instrução do processo, através do pérfido instituto do Precatório Requisitório de Pagamento, os valores que já se sabia que lhes seriam devidos.

Com efeito, uma decisão judicial merecedora de cumprimento.

Entretanto, apesar das várias decisões favoráveis aos servidores, nenhum teve até agora seu salário majorado, e ao que me conste, a despeito -do descumprimento de ordem judicial, nenhum preposto ou mandatário do Poder Público foi penalizado por tal desídia.

Mais. Como reação à antecipação da tutela jurisdicional, o Executivo editou a Medida Provisória nº. 1570 (e suas reedições), limitando o poder do judiciário na concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública³. Tal medida não vem sendo cumprida de pleno pelos Juízes, que a consideram inconstitucional.

Assim funda-se o temor a respeito da efetividade a ser alcançada com a vinculação das decisões.

Será que o poder público irá cumprir a sua parte, obedecendo aos ditames das súmulas, ou os seus efeitos vincularão apenas os juízes?

Vale ressaltar que sempre que se atenta aos argumentos daqueles que defendem o instituto nascituro, exala nas entrelinhas um suave aroma de pecado, aquele em que se reconhece que há algumas falhas e mesmo que se viola certos princípios, como o da divisão de poderes (ao menos), mas que o objetivo a ser alcançado, de alguma forma justifica tais circunstâncias.

Mais. Está previsto que cabe ao Tribunal de origem julgar as reclamações a respeito do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula.

Não seriam as reclamações o novo tormento dos Tribunais?

Não configuram as reclamações recurso no sentido estrito, mas podem, se houver a tão conhecida desobediência dos ditames legais por parte do Poder Público, tomar a forma de verdadeira avalanche, a exemplo do que está ocorrendo com o agravo de instrumento após a reforma do Código de Processo Civil de 1994.

Novamente assoma a dúvida quanto ao efetivo alvo da vinculação.

Na prática, a súmula como hoje é conhecida, embora sem efeitos vinculantes, funciona como verdadeira bússola para os magistrados. Muitos ressalvam seus entendimentos pessoais e curvam-se às decisões Tribunais superiores para evitar o prolongamento infrutífero

indo os dissídios da jurisprudência”.

³ Para saber mais sobre a limitação das medidas liminares, ler "Inconstitucionalidade das Normas Impeditivas de liminares, Francisco Barros Dias, in Revista de Processo, nº 59/134"; "A limitação às liminares: violação à lei maior, Luis Alberto Gurgel de Faria, <http://www.teiajuridica.com/liminar.htm>" e "Há Juízes em Brasília - A inconstitucionalidade do art. 2º da MP nº. 1570, Emerson Maia Damascen

das lides, evitando criar nos jurisdicionados a esperança de vencerem a demanda, quando se sabe que em grau de recurso serão vencidos.

No tocante á criminalização do descumprimento da decisão vinculante, o Prof. Ivan Lira, Juiz Federal, embora a considere dispicienda em relação aos magistrados, não recusa a criação de nova figura penal, vez já ser possível incriminar um Juiz por crime de prevaricação⁴.

Resta tomar a opinião daqueles que deverão dar cumprimento às decisões vinculantes no âmbito administrativo, para saber se efetivamente se dispõe a dar-lhes cumprimento.

É desta forma que se exprime a dúvida sobre o verdadeiro alvo atingido pela súmula vinculante, sé o Judiciário e a administração pública ou se apenas ao primeiro será dado ceder obediência. Resta aguardar para ver se o vindouro instituto obterá sucesso na sua empreitada de fornecer maior celeridade ao Judiciário, e de diminuir drasticamente a quantidade de processos repetitivos que alcançam os Tribunais superiores.

Merece ainda ser analisada a hipótese inversa ao descumprimento da súmula por parte do poder público, qual seja a prevista no § 3º da nova redação do art. 98, quando a administração pública aplicar indevidamente a decisão, de forma extensiva. O texto legal prevê a reclamação ao Tribunal que houver editado a súmula.

Hoje a interpretação errônea da lei pela administração pode ser corrigida através de mandado de segurança, a ser impetrado na sede onde atua a autoridade coatora. Face a força de lei dada à decisão vinculante, sua interpretação errônea configuraria ato coator passível de ser sanado na sede da autoridade, ou deveria ser atacado - o ato arrimado em interpretação equivocada de súmula - através de reclamação?

Na hipótese de ser o ato corrigido por reclamação, esta só seria admissível perante o Tribunal originário. Nisto poderia residir um entrave ao acesso da população à efetiva prestação jurisdicional. Certamente é mais difícil buscar a tutela do Poder Judiciário na sede dos Tribunais superiores do que na comarca ou no máximo na capital da Seção Judiciária do Estado onde o jurisdicionado reside.

VI - CONCLUSÃO.

o, <http://teiajuridica.com/mp1570.htm>"

⁴ No artigo denominado "Decisões Vinculantes", o Prof. Ivan Lira de Carvalho coloca a questão de criminalização do descumprimento da seguinte forma: *A elevada missão de distribuir justiça, no instante em que o juiz o próprio Estado, posto que integrante de um dos poderes deste, não compadece ameaças ou ralhamentos prévios, ainda que editados no corpo da constituição. Pela magnitude da atividade judicante e pela respeitabilidade que os juizes devem ostentar perante os jurisdicionados, acho perfeitamente desprezível a inserção, no texto legal, de ameaças de prisão ou de outras sanções negativas para os casos concretos de desatenção as súmulas vinculantes. Entretanto, não posso olvidar que o juiz, como servidor público latu sensu que é, está exposto ao cometimento de crimes contra a administração pública, máxime o prevaricação. Assim, quando um juiz de inferior instancia recebe um julgado do tribunal que lhe é superior e deixa de a e/ dar cumprimento ao argumento de que por exemplo 'não concorda com a posição doutrinária desposada pela corte', estará agindo criminosamente, imbuído de sentimento pessoal (CP. Art. 319). Acho que quanto a isso não há dúvida.(. . .) E por qual razão o magistrado de instancia inferior cumpre uma decisão isolada, sem opor discussões, e terá receios de cumprir um conjunto sumulado de decisões?(...) E se é sabido que o juiz pode perfeitamente ser sujeito ativo do crime de prevaricação, previsto há mais de meio século no Código Penal, por que haveria de recusar a possibilidade de ser também sujeito ativo se semelhante prática*

Desta forma, parece ainda necessário o aprofundamento das questões atinentes à efetividade do acesso à justiça perante a nova figura que se avulta, para que se obtenha o resultado pretendido, qual seja, o de tornar a Justiça mais acessível e célere, visando a melhoria da prestação jurisdicional. Em última instância, as atuais reformas do Judiciário objetivam melhor atender o cidadão, portanto, colaborar para a obtenção de sua plena cidadania.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Marco Antônio de. Anotações sobre o efeito vinculante, RT 735/100.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões Vinculantes, Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 15, nº. 54. São Paulo. mar/abr 97.

SILVEIRA NETO, Antônio. Súmula de efeito vinculante, <http://www.elogica.com.br/users/laguimar/sumula/htm>.

SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre a Súmula Vinculante no Direito Brasileiro, <http://www.elogica.com.br/users/laguimar/sumvinc.htm>.

RE, Edward D. Stare decisis, tradução Ellen Gracie Northfleet, RT JE, vol 122 - mar/1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante, <http://www.teiajuridica.com/sumvinc.html>.

EFEITO VINCULANTE: Sujeição obrigatória somente na esfera Administrativa

*Caio Marques Bezerra
Quintanista do Curso de Direito da UFRN*

I - Introdução. II - *Common Law* e *Civil Law*. III - Argumentos contra efeito vinculante: a) princípios da independência jurídica do magistrado e do juiz natural. b) Judiciário e Legislativo. IV - Argumentos pró efeito vinculante: a) acúmulo de processos na justiça. b) coletivização da tutela jurisdicional. V - Mudança constitucional. VI - Solução para o impasse. VII - Conclusões. VIII Referências bibliográficas

I - INTRODUÇÃO

Este estudo cuida de um dos itens da reforma constitucional que tramita no Congresso: o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores.

O efeito vinculante consiste em imputar efeitos *erga omnes* aos precedentes judiciais exarados pelas instâncias superiores, vinculando os demais órgãos do Judiciário bem como a Administração Federal Direta ou Indireta.

O presente trabalho avalia os benefícios e implicações desse novo instituto e propõe, pedindo licença à modéstia, o que entendemos ser uma solução razoável para o impasse surgido acerca do tema.

II - COMMON LAW E CIVIL LAW

Tal instituto não é novidade nem aqui nem no resto do mundo.

A “vinculação aos precedentes”, nome científico do efeito vinculante, é característica do ordenamento jurídico das nações que adotam o *common law*, onde prevalece o *stare decisis*¹.

No *common law*, as decisões judiciais geram dois tipos de efeitos sobre os casos futuros: o efeito meramente persuasivo e o efeito vinculante, ou *binding precedents*. A

delituosa em um novo diploma legal?”

¹ *Stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido), princípio herdado do Direito Romano Clássico (REALE, Miguel. A questão das súmulas vinculantes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23-jan-1997, Caderno Opinião, Seção Tendências/Debates, p. 3.) que to

vinculação provocada por este último não é absoluta, onde o julgador, entendendo tratar-se de fatos diversos ou por entender desarrazoado o precedente, pode ir contra a decisão vinculante.

Nós brasileiros, ao contrário, realizamos a justiça sob a primazia da lei, o *civil law*, evolução do Direito Romano Cristão, codificado pelo Imperador Justiniano (Codificação Justiniana)².

Vale lembrar que o Brasil, quando colônia, adotava os assentos, interpretações emanadas pelos juízes da Casa de Suplicação que se convertiam em norma. A prática dos assentos somente foi extinta com a República.

Já neste século, na década de 60, conhecemos a "súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal", repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte idealizado e introduzido nos trabalhos do STF pelo Ministro VICTOR NUNES LEAL.

A definição de uma orientação interpretativa predominante foi uma saída criativa para os problemas de excesso de serviço de que o STF se via acometido, contrapondo-se à comumente praticada redução de competência.

Para se verificar a amplitude e força do instituto é de bom alvitre anotarmos as palavras de JOSÉ DE MOURA ROCHA³: "súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência predominante possuidora de caráter ... 'quase normativo'. Mas, guarde-se, não de caráter obrigatório.

A súmula de jurisprudência dominante do STF é um dos maiores elementos persuasivos que orientam os juízes, apesar *de*, há mais de uma década, não ser editado um único enunciado do Pretório Excelso.

Podemos ainda citar como exemplo da presença da vinculação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico os prejulgados trabalhistas, hoje enunciados, sem, contudo, o caráter obrigatório do antigo instituto.

III - ARGUMENTOS CONTRA O EFEITO VINCULANTE

a) Princípios da independência jurídica do magistrado e do juiz natural

Muito consistente o raciocínio de que o efeito vinculante, na forma proposta no Congresso, fere o princípio da proteção judiciária, atingindo os princípios do livre convencimento motivado e do juiz natural.

o princípio da proteção judiciária, ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁴, como afirma de forma precisa JOSÉ AFONSO DA SILVA, é a principal

mou vulto no direito anglo-saxônico.

² *Ibidem*.

³ *Apud* ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Teia Jurídica*, 1997.

garantia dos direitos subjetivos⁵, Trocando em miúdos, é a defesa da própria cidadania e, quiçá, algo mais. É inerente ao princípio da separação de poderes, garantia das garantias constitucionais⁶.

Situado o princípio da proteção judiciária no contexto constitucional, vamos às garantias nele contidas. A independência e imparcialidade do juiz, o princípio do juiz natural⁷, o direito de ação e de defesa, como esclarece o ilustre constitucionalista, encontram-se insítos nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV⁸. O Direito Internacional resguarda essas mesmas garantias há cinquenta anos, quando a O.N.U proclamou a Declaração dos Direitos do Homem⁹.

Acerca da independência jurídica do magistrado, conclui a professora CÁRMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA:

*" ... se sobrevier a 'súmula vinculante', ao magistrado estará vedada a apreciação no sentido largo previsto constitucionalmente, pois independentemente do quanto ele aprecie, segundo tal apreciação não poderá ele, livremente, emitir qualquer julgamento quando destoe a sua conclusão do quanto sumulado"*¹⁰.

Quanto ao princípio do juiz natural, a decisão vinculante de mérito se anteciparia à formação do processo e à definição da competência.

O efeito vinculante, da forma como vem sendo encaminhado no Congresso, tende a abolir estas garantias e, como reza o art. 60, § 4.0, IV, da CF¹¹, sequer pode vir a ser

⁴ CF/88, art. 5º, inc. XXXV: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁵ Direito subjetivo: *é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente* (SILVA, 1996, p. 413).

⁷ Ibidem, p. 410.

⁷ CF/88, art. 5º. Inc. XXXVII: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

⁹ SILVA, *op. Cit.* p. 410.

⁹ "Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigação, seja da legitimidade de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela".

¹¹ ROCHA, *op. Cit.*

objeto de proposta constitucional. É que tais garantias são cláusulas pétreas, impassíveis de reforma.

Os efeitos seriam desastrosos. Haveria a cristalização do Direito, sem qualquer possibilidade de renovação.

b) Judiciário e Legislativo

A corrente contrária à vinculação dos precedentes no nosso *ordo juris*, capitaneada por EVANDRO LINS E SILVA, ministro aposentado do STF, acusa a afronta à independência recíproca e harmônica dos Poderes pela súmula vinculante, a qual constituiria *“um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições os Poderes Legislativo e Judiciário”*¹².

Quanto a este tópico, mais acertada é a posição de MARCO ANTONIO DE BARROS, o qual afirma que *“os tribunais superiores são novas regras, mas apenas firmarão o entendimento a ser adotado em casos semelhantes e repetitivos”*. E arremata: *“Desse modo incorre a alegada superposição de funções estabelecidas na Carta Constitucional, pois uma coisa é criar a lei e outra bem diferente é interpretá-la sob o enfoque preciso do controle de sua constitucionalidade”*¹³.

Não procede, portanto, a afirmação de que as funções do Legislativo e do Judiciário se sobreporiam, vez que interpretar, firmando o poder judicante entendimento a ser adotado em casos repetitivos, é procedimento diverso ao de criar novas leis.

IV - ARGUMENTOS PRÓ EFEITO VINCULANTE

a) Acúmulo de processos na justiça

A interposição de numerosos recursos de caráter meramente protelatórios contra decisões cuja matéria já foi discutida amplamente e restou pacificada na jurisprudência, vem causando o estrangulamento do Judiciário nacional com a multiplicação dos feitos nos tribunais superiores.

A Administração, como demandada, utiliza bastante este artifício, em evidente exercício de litigância de má-fé. Tal comportamento submete injustamente o jurisdicionado a uma longa e angustiante espera até a solução definitiva de sua contenda contra o Poder Público.

Para que movimentar toda a máquina judiciária se o provimento, judicial será idêntico? Como bem observou o Procurador Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO, *“não é possível que as decisões dos Tribunais mais importantes do país*

¹¹ CF/88, art. 60, § 4º, IV: *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”*.

¹² Apud BARROS. Anotações sobre o efeito

*tenham eficácia tão limitada*¹⁴ quanto a matérias de interesse nacional. Após decidida uma questão nos tribunais superiores, na maioria dos casos, não há mais trabalho! intelectual nenhum, apenas impressoras estridentes trabalhando a todo.! vapor. Como consequência, os recursos extraordinários e especiais I perdem toda a excepcional idade que a lei lhes guarda.

A Administração, precipuamente, deve estar vinculada às decisões com esta característica, atingindo a *mens legis* conforme interpretação do Excelso Sodalício, em nome do princípio da segurança jurídica. Desse modo, evitar-se-ia que pessoas em situação análoga ingressem no Judiciário no intuito de alcançarem *ares judicata* a seu favor.

b) Coletivização da tutela jurisdicional

É a tendência natural do Direito, ao adaptar-se às novas tecnologias e ao crescimento populacional, caminhar para a ampliação das demandas coletivas.

A súmula vinculante e as ações coletivas, nesse ambiente propício, vêm dar celeridade à prestação jurisdicional. Num mundo de aproximadamente sete bilhões de pessoas seria impossível o tratamento caso a caso para a obtenção da justiça.

V - MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Tramitam no Congresso duas propostas de emenda à constituição para o fim de introduzir o efeito vinculante no nosso ordenamento jurídico. Uma ofertada pelo deputado federal JAIRO CARNEIRO e, a outra, pelo senador RONALDO CUNHA LIMA. Esta última, aprovada em dois turnos no Senado, já se encontra na Câmara.

A proposta do Deputado Jairo Carneiro vem sofrendo pesadas críticas por conter dispositivos¹⁵ que dificultariam a renovação do direito.

Compartilho da opinião do presidente do STF, Min. Celso de Mello Filho o qual classificou de inaceitável a proposta que pune o magistrado insurreto.

Não só é inaceitável como também esdrúxula e teratológica a "folha do deputado Jairo Carneiro. Ela prevê a "cassação" do ato judicial que contrarie súmula to vinculante. RT 735:100.

¹⁴ Ibidem.

¹⁴ BRINDEIRO, Geraldo. A reforma do Judiciário. O *Bureau*, nº. 7. Recife, mar-abr/1997, primeira página.

¹⁵ Proposta de Emenda Constitucional nº. 96 de 1992. Trechos supra referidos: "§ 3º - *Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determina que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.* § 4º. *O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração*

vinculante, através de "reclamação" interposta no tribunal que a houver editado, sem a observância das vias ordinárias para a reforma do ato pelo tribunal competente. Pelo reiterado descumprimento, o magistrado incorreria em crime de responsabilidade, clara ressurreição do "crime de hermenêutica"¹⁶.

Como se vê, a moção do Dep. Carneiro fere frontalmente o princípio constitucional da independência jurídica do magistrado.

Mais democrática é a proposta¹⁷ apresentada pelo Senador RONALDO CUNHA LIMA, exatamente por não contemplar dispositivos dessa natureza. Contudo, está longe de ser o ideal, devido a também vincular compulsoriamente os órgãos do Poder Judiciário.

Tais reformas como apresentadas, e quaisquer outras que constriam a atividade judicante, devem ser rechaçadas pelas instituições democráticas e pela sociedade. E se forem aprovadas caberão aos juízes negar-lhes cumprimento.

Ademais, toda modificação constitucional está sujeita ao controle de constitucionalidade formal e material. Vamos recorrer novamente às precisas palavras do em. constitucionalista, JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*"Toda modificação constitucional; feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias"*¹⁸.

Aprovada a súmula. vinculante no Congresso, limitando a atuação do Judiciário, não solucionado o impasse pela via do controle de constitucionalidade concentrado, caberia a salutar prática do "crime de hermenêutica". Caso o magistrado discordasse do entendimento da instância superior, a exemplo dos *binding precedents* do *stare decisis*, por se tratar de fatos diversos, ou entender o magistrado ser a súmula desarrazoada, poderia aquele julgar contrariamente ao precedente.

ão, sem prejuízo de outras sanções".

¹⁶ A expressão foi utilizada por Rui Barbosa, em episódio ocorrido há mais de um século, para definir o "delito" praticado por magistrado do Rio Grande do Sul que, ao julgar segundo seu entender, contrariou entendimento do Tribunal de Justiça daquele Estado. O juiz, condenado por crime de prevaricação, foi absolvido pelo STF em grau de recurso.

¹⁷ Proposta de emenda à constituição nº. 54/95: "Artigo único. O § 2º do art. 102 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: '§ 2º Terão eficácia contra todos o efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o Supremo Tribunal Federal assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros'".

Sob quais fundamentos legais os magistrados poderiam assim agir? os juízes estariam resguardados a julgar segundo sua consciência pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF), combinado com o art. 60, § 4.º, IV, do Estatuto Supremo (cláusulas pétreas), através do controle difuso de constitucionalidade.

FRANCISCO BARROS DIAS, juiz federal e professor de Direito Processual Civil da UFRN, conclui:

*"Não se pode ter a atividade jurisdicional de forma incompleta, truncada, escamoteada, limitada em seus objetivos, pois ai ter-se-ia de aceitar, absurdamente, que o texto constitucional autorizaria essa peculiaridade, o que não é verdadeiro"*¹⁹

Contudo, diante da crise por que passa o Judiciário, o momento não é propício para posições sectárias, afinal vivemos atualmente no Direito, como dito supra, a "coletivização da tutela jurisdicional".

Qualquer mudança constitucional será bem-vinda no sentido de se evitar o acúmulo de causas idênticas perante os tribunais, onde por demora da prestação jurisdicional fique prejudicada a segurança jurídica. Ressalvando-se, entretanto, que a vinculação à súmula deve ocorrer somente na esfera administrativa, em respeito às garantias constitucionais já mencionadas.

VI - SOLUÇÃO PARA O IMPASSE

No entanto, vale chamar a atenção para uma fórmula simples, fundada no aparato legal já existente, a qual passamos a explicar.

O Min. CELSO DE MELLO defende a valorização no campo formal súmula de efeito persuasivo (a que lidamos atualmente), ou seja, a súmula da jurisprudência dominante do STF com um *plus* processual²⁰, o qual consistiria em, dentre outras sugestões por ele apontadas, restringir o acesso à via recursal quando a decisão não se fundar em súmula (tratamos aqui da súmula de efeito meramente persuasivo), ou seja, os recursos só seriam admitidos contra as decisões contrárias ao comando de matéria sumulada. Resguardada estaria a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e seus subprodutos (persuasão racional do magistrado, direito de ação e defesa).

As súmulas tomadas como pressuposto negativo de admissibilidade dos recursos, tese também defendida por EDSON FERREIRA DA SILVA²¹ é técnica processual de espantosa simplicidade e inteligência, mas resolveria apenas em parte o volume amazônico de feitos judiciais, porque não vincula a Administração, mantendo a necessidade de procurar-

embros."

¹⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 70.

¹⁹ DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de Iiminares. *Revista de Processo*, São Paulo, (59):134. 1997.

²⁰ MELLO FILHO, José Celso de. Judiciário em questão. *Consultor Jurídico/Universo On-line*, 1997.

²¹ SILVA, Edson Ferreira da. Súmula Vinculante: uma solução para o impasse. *Tribuna*

se o Judiciário para a concretização do direito perseguido.

Só isto não basta. A vinculação da Administração Direta e Indireta é essencial para evitar-se o excessivo número de contendas judiciais contra o Poder Público.

A Lei Complementar 73/93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, introduziu este remédio. Ela atribui ao Advogado Geral da União o poder de editar súmula administrativa fundada em jurisprudência iterativa dos tribunais superiores²². Após a edição, seu cumprimento é obrigatório, vinculando o Poder Público, não só na via processual, mas também na esfera administrativa²³.

A combinação entre a não admissão de recursos contra decisões fundadas em súmulas judiciais de efeito meramente persuasivo mais a súmula administrativa é uma solução relativamente simples, exigindo-se apenas algumas pequenas adaptações no Código de Processo Civil, mais especificamente na parte que trata da admissibilidade dos recursos.

No entanto, com a LC 73/93 em seu quinto ano de vigência, foram editadas somente duas súmulas administrativas pelo Advogado Geral da União, apesar de o próprio Estado ser o maior cliente do Judiciário. O Supremo também não vem editando súmulas há mais de uma década.

Uma efetiva aplicação da súmula administrativa, com a edição maciça desses enunciados, faria ceder o estrangulamento do Judiciário, vez que a questão estaria resolvida na sua fonte: a Administração.

Uma vez dirimida uma questão no Judiciário através de reiteradas, decisões ("jurisprudência iterativa dos Tribunais" que a lei faz referência) está o Advogado Geral da União autorizado a editar súmula administrativa no mesmo sentido, evitando, desse modo, maiores transtornos às pessoas em situação análoga, a concluir que remedia-se o ato administrativo contrário ao enunciado através do célere processo de mandado de segurança.

VII – CONCLUSÕES

Ante o exposto, podem-se sintetizar as seguintes observações finais:

- a) Conforme fórmula proposta no Congresso, o efeito vinculante fere princípios e garantias constitucionais, tais como os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da independência jurídica do magistrado;
- b) Qualquer reforma constitucional visando a introduzir o efeito vinculante deve restringir-se à esfera administrativa;
- c) A súmula deve limitar-se a evitar o acúmulo de causas idênticas perante o Judiciário, onde por demora da prestação jurisdicional possa acarretar grave insegurança jurídica;
- d) No aparato legal existente, contamos com instrumentos que, usados de maneira eficiente, podem suavizar a crise do Judiciário, como a súmula administrativa e o juízo de admissibilidade dos recursos;
- e) A efetiva aplicação da súmula administrativa, introduzida pela LC 73/93, a edição freqüente desses enunciados, faria ceder o estrangulamento do Judiciário, vez

da Magistratura n.º. 123, jan-fev/1997.

²² É o que prescreve o art. 4.º: da referida Lei-complementar: "Art. 4.º. São atribuições do Advogado-Geral da União: (...) XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes juri sprudência iterativa dos Tribunais".

²³ Art. 43 da Lei 73/93: "A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos ar

que a questão estaria resolvida na sua fonte: a administração, atingindo o desiderato pretendido pelas propostas de emenda constitucional apresentadas pelos parlamentares Jairo Carneiro e Ronaldo Cunha Lima, sem vincular, todavia, os atos judiciais;

f) A diminuição do número de processos nos tribunais seria alcançada com o auxílio das súmulas administrativas juntamente com as súmulas efeito meramente persuasivo tomadas como pressuposto negativo de admissibilidade dos recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARROS, Marco Antônio de. Anotações sobre o efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (735): 100-106, jan/1997.

BRINDEIRO, Geraldo. A reforma do Judiciário. *O Bureau*, n.o 7. Recife, Mar-abr/1997, primeira página.

DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. *Revista de Processo*, São Paulo, n.º. 59, p. 134, 1997.

MELLO FILHO, José Celso de. Judiciário em questão. *Consultor Jurídico/Universo On-Una* (Internet-url: <http://www.uol.com.br>). São Paulo, 1997.

REALE, Miguel. A questão das súmulas vinculantes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23-jan-1997, Caderno Opinião, Seção Tendências/Debates, p. 3.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Teia Jurídica* (Internet-url: <http://www.teiajuridica.com.br>). Recife, 1997.

SILVA, Edson Ferreira da. Súmula Vinculante: uma solução para o impasse. *Tribuna da Magistratura* n.º. 123, jan-fev/1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

IMPOSSIBILIDADE DE REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Emanuella Cristina Pereira Fernandes

Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 9º período

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que consagra, como um de seus princípios fundamentais o princípio da Separação de poderes, insculpido em seu art. 2.º, previu uma exceção à esta regra da tripartição com a criação das medidas provisórias.

O art. 62 da Lei Maior permite o exercício pelo Chefe do Poder **executivo** de um poder legiferante extraordinário, baseado nos requisitos de relevância e urgência, através da edição de medidas provisórias, que tão logo publicadas adquirem força, eficácia e valor de lei. Contudo, este ato normativo deve ser prontamente submetido à apreciação do congresso Nacional, que decidirá sobre a sua permanência no ordenamento jurídico, já que o Presidente da República só tem poder para lhe conferir eficácia pelo prazo de 30 dias.

Trata-se, portanto, de uma medida de natureza cautelar tomada pelo executivo para resguardar o interesse público, passível de sofrer danos irreparáveis se tiver de esperar pelo processo legislativo ordinário em determinadas situações. Ao Presidente da República cabe fazer, inicialmente, o juízo de valor, de caráter político e de fundo discricionário, sobre a oportunidade, conveniência e necessidade de tais medidas.

Diz-se juízo inicial porque as medidas provisórias não são editadas ao talante do Chefe do Poder Executivo. São elas submetidas ao controle posterior das Casas Legislativas, que, produzindo um julgamento político **I'** jurídico sobre o instituto, decide se a norma *sub examine* será incorporada ao direito. Daí porque somente a iniciativa de criação da medida é do Presidente da República, pois a titularidade de julgamento sobre a oportunidade da lei cabe ao Poder Legislativo.

O instituto das medidas provisórias aproxima-se muito do antigo decreto-Iei previsto na Constituição de 1967. Não é de hoje que o Direito Constitucional, não apenas o brasileiro, vem conferindo competência legislativa ao Poder Executivo. O decreto-Iei surgiu na França durante a 1ª Guerra Mundial, quando se fizeram necessárias providências a serem tomadas pelo Chefe do Executivo, as quais não podiam esperar pela deliberação ordinária do Legislativo.

No Brasil da Constituição anterior, o decreto-Lei constituía um instrumento de efetivação do poder na época da ditadura, quando o Congresso Nacional não tinha independência, nem força para contrariar os interesses do Presidente da República. Por isso, o instituto veio a ser repudiado pelo constituinte de 1988, pelo que surgiram as medidas provisórias inspiradas no modelo italiano.

Mister que se apontem algumas diferenças relevantes entre os dois institutos para que se entenda porque, diferentemente do decreto-Lei, a medida provisória não constitui um desvirtuamento do Estado Democrático de Direito, desde que seguida como prevista na Carta Magna.

II - DA DISTINÇÃO ENTRE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E O DECRETO-LEI DA CF/67

O art. 55 da Carta Política de 1967, com as alterações empregadas pelas Emendas n. 1/69 e 22/82, dispunha *in verbis*:

"O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - *segurança nacional;*

II - *finanças públicas, inclusive normas tributárias; e*

III - *criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.*

§ 1º *Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á disposto no § 3º do art. 51.*

§ 2º *A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência."*

O ato normativo em tela era restrito a matéria expressamente delimitada pela Constituição. Contudo, malgrado esse aspecto, possuía um cunho eminentemente ditatorial, especialmente por dois aspectos, que vamos analisar.

Em primeiro lugar, o Decreto-Lei comportava o chamado decurso de prazo. O Congresso Nacional tinha o prazo de 60 dias para apreciá-lo, e se não houvesse deliberação, o mesmo era aprovado tacitamente. Se passadas 10 sessões legislativas além dos 60 dias, o Congresso não apreciasse a matéria, o decreto-lei era considerado definitivamente aprovado.

Assim, para que um Decreto-Lei não ingressasse definitivamente no mundo do jurídico. Era preciso que as Casas Legislativas o rejeitassem expressamente, o que não devia

ocorrer com muita frequência, já que o Poder Executivo manipulava os membros do Congresso Nacional, enfraquecido com o Golpe Militar de 1964.

Além disso, o Congresso não recebia de imediato o texto para deliberar, não tendo o Executivo interesse em fazê-lo desde logo. pois o prazo de 60 dias começava a contar apenas quando do recebimento pelo Poder Legislativo, que em não apreciando a matéria, presumia-se que a aprovada.

O segundo aspecto a ser analisado diz respeito à eficácia do Instituto. Mesmo que expressamente rejeitado, os atos praticados durante sua vigência eram perfeitamente válidos. Ou seja, a rejeição do decreto-lei operava *ex nunc*, já que os seus efeitos não retroagiam de modo a anular os atos praticados durante a existência da norma provisória.

O Presidente da República, portanto, não precisava da aprovação do Poder Legislativo para implantar um instrumento normativo na Ordem Jurídica, posto que, ainda que temporariamente, o decreto-lei produzia efeitos jurídicos, os quais não poderiam ser apagados, mesmo com a sua rejeição pelo Congresso Nacional.

Não apenas o Chefe do Executivo editava um decreto-lei que possuía vigência imediata, cujos efeitos não poderiam ser suplantados do mundo jurídico, pois a rejeição do ato operava tão-somente *ex nunc*, como também o citado instrumento era tido como definitivamente aprovado, caso o Congresso Nacional não o rejeitasse expressamente através da aprovação pelo decurso de prazo .

Aliadas essas circunstâncias ao momento histórico por que passava! o país, o decreto-lei tornou-se, de fato, a materialização da supremacia do Poder Executivo sobre os demais poderes estatais, o que o tomava incompatível, portanto, com os princípios basilares das constituições democráticas.

Já as medidas provisórias, mais consentâneas com o princípio da harmonia e independência dos Poderes, são previstas no art. 62 da Constituição atual, da seguinte forma:

"Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

§ único: As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir da publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. "

Note-se que, ao contrário do decreto-lei, a medida provisória, que não for aprovada no prazo de 30 dias, perde sua eficácia, desde a edição. O que vale dizer que os efeitos da rejeição operam *ex tunc*, retroagindo para alcançar as relações jurídicas praticadas durante a sua vigência .

Ademais, a presunção de discricionariedade política do Congresso Nacional fortaleceu-se em relação à do Presidente da República, pois agora o silêncio do Parlamento, durante os 30 dias, implica em rejeição da medida (desde que a mesma não seja reeditada).

As medidas provisórias são plenamente submissas ao Congresso Nacional, que produz um segundo juízo sobre a conveniência das mesmas, ao analisar os seus pressupostos de relevância e urgência, mediante um julgamento precipuamente político, e exercer a sua função legislativa com supremacia, como órgão legiferante por excelência que

é.

Não obstante inexistir restrição quanto à matéria, o poder de legislar do Chefe do Executivo decresceu em relação à Constituição anterior, em virtude do controle do Legislativo. A própria Lei Maior determina a manutenção da função legislativa da Câmara e do Senado Federal, ao versar em seu art. 49, XI:

“ É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; ”

Procurando fugir do legado do Decreto-Lei, cujo uso tomou-se expediente ordinário do Poder Executivo, a ponto de colocar a lei em segundo plano como fonte normativa, o constituinte de 1988 previu a medida provisória como instrumento necessário para situações emergenciais em que o processo legislativo comum poderia acarretar sérios danos para o interesse público. Estabeleceu, contudo, a sujeição a um controle político do Congresso Nacional e também a um jurisdicional "do Poder Judiciário, de modo a contemplar o Sistema de Freios e contra-pesos, materializador do princípio de independência e harmonia Pilhe os poderes estatais.

III - DA REEDIÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de reedições das medidas provisórias que não foram convertidas em lei, até mesmo pela prática excessiva desse expediente pelos últimos chefes do Executivo. Isto se deve ao fato de a Constituição Federal ser omissa quanto ao assunto. O parágrafo único do art. 62 da Carta Magna apenas determina que ao Congresso Nacional compete disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas não convertidas, e que, portanto, perderam sua eficácia.

Não existe vedação e nem autorização expressa para a reedição, o que gera um conflito entre as competências do Legislativo e do executivo. Daí porque muitos doutrinadores entendem o descabimento do instituto num regime presidencialista como o nosso, em que não há solução política para os conflitos entre os Poderes.

Os juristas costumam analisar dois aspectos acerca das medidas reeditadas. Em sua maioria, recebem tratamento diferenciado as medidas provisórias que foram expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, "aquelas que simplesmente não foram analisadas, perdendo a eficácia pelo decurso de prazo.

Em caso de medidas que foram rejeitadas quanto ao mérito, se entendesse pela possibilidade de reedição, autorizada estava a superposição do Poder Executivo sobre o Legislativo, que perderia sua função natural de sede de emanção das leis, acarretando o caos jurídico e político no país, que viveria sob a égide de uma verdadeira ditadura civil.

O em. Ministro do STF, CELSO DE MELLO, Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 293-7/600 - DF, publicada no DJ de 16.04.1993 (LEX 178/66), comunga deste pensamento ao afirmar em seu voto:

“A rejeição parlamentar da medida provisória - ou de seu projeto de conversão -, além de desconstituir-Ihe ex tunc a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, consistente na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-Legislativo, de natureza cautelar, pois o Congresso Nacional, ao assim decidir, descaracteriza, de modo definitivo, o juízo presidencial que, num primeiro momento, emprestou relevância e conferiu urgência àquilo que o Parlamento, como instância última, reputou irrelevante ou destituído de caráter emergencial. ”

Parece-nos, assim, que tanto a doutrina como a jurisprudência são pacíficas quanto à impossibilidade de reedição de medidas provisórias que tenham sido expressamente rejeitadas pelo Poder Legislativo.

Na verdade, as discussões giram em torno das medidas que perdem a sua eficácia se não aprovadas no prazo de 30 dias. Quanto a estas últimas em que o Congresso Nacional não expediu juízo valorativo, se *mantidas* as circunstâncias de relevância e urgência, poderiam ser reeditadas?

A paralisia das Casas Legislativas poderia ser uma justificativa para que o Presidente da República tomasse a frente e reeditasse uma medida provisória sobre a qual o Congresso Nacional não deliberou. Afinal, é bem possível que os motivos ensejadores da expedição de tal ato normativo, de natureza cautelar, persistam após o lapso temporal que lhe determina a perda da eficácia.

E de fato, o Congresso Nacional muitas vezes tem se mostrado ineficiente frente às necessidades que o Direito e a sociedade exigem, pelo dinamismo que Ihes é peculiar. Contudo é a ele quem cabe a função legiferante e a guarda da sua competência frente à atribuição legislativa dos demais Poderes. Portanto, não pode o Presidente da República fazer as suas vezes, de forma a acumular competências e pôr em risco princípios estruturais do ordenamento constitucional brasileiro, quais sejam o da Separação de Poderes e o do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal determina que as medidas provisórias perdem a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no já citado prazo de 30 dias. Perder a eficácia significa deixar de produzir efeitos no mundo jurídico. Ora, se a própria Lei Maior afirma que este ato normativo deixa de ter validade se não convertido em lei, seria inconstitucional que uma medida provisória posterior, disciplinando a mesma matéria, conferisse validade àquela que a Constituição declarou ineficaz (pelo decurso de prazo).

Neste sentido, pertinente a lição de Hugo de Brito Machado (Princípio da Legalidade Tributária na Constituição de 1988, Revista de Direito Tributário, vol. 45/185), ao afirmar:

“Terminado o prazo de 30 dias sem que seja convertida em lei a medida provisória, não pode o Presidente da república editar outra com o mesmo teor. Se o fizer, estará violando duplamente a Constituição.

Primeiro, violando a norma que fixa o prazo para conversão da medida provisória em lei. Permitida a reedição da medida provisória, tal fixação de prazo para sua conversão em lei seria inteiramente inútil, posto que

sofreria infinitas prorrogações, pelos atos de reedição da mesma medida provisória. A tais prorrogações obviamente não está autorizado o Presidente da República.

Segundo, violando a norma que diz caber ao Congresso disciplinar as relações jurídicas decorrentes da edição da medida não transformada em lei. Se o Presidente da República reedita a medida, está disciplinando tais relações, o que evidentemente não pode fazer. "

Pelo que foi exposto, a admissão da reedição indiscriminada das medidas provisórias constituiria uma usurpação por parte do Chefe do Executivo da competência legislativa inerente ao Congresso. Caberia, então, ao Supremo Tribunal Federal, como guardião e intérprete da constituição Federal, pôr fim a esta discussão, dispondo sobre o cabimento ou não de tais reedições. Entretanto, como esta decisão não seria apenas jurídica, mas sobretudo política, as divergências ainda persistem.

IV - CONCLUSÕES

Tecidas estas considerações, é necessário lembrar que o Decreto-Lei foi repudiado pelo constituinte de 1988 por abarcar excessiva concentração de poder e discricionariedade nas mãos do Presidente da República, motivo pelo qual a Norma Ápice atual instituiu um instrumento normativo, de atribuição do Chefe do Executivo, mais democrático: a medida provisória.

E ao Congresso Nacional coube o controle do instituto e a competência de decidir sobre a sua inclusão no ordenamento positivo. Para tanto, deve ele aprová-la expressamente dentro do lapso temporal de 30 dias, sob pena de perda de eficácia da mesma, com o que a medida provisória deixa de existir no mundo jurídico.

Assim, entendo que é defeso ao Presidente da República reeditar¹ medidas provisórias em qualquer hipótese: seja quando esta foi rejeitada pelo Congresso, seja quando este não tenha deliberado sobre a mesma no prazo estabelecido constitucionalmente.

A Constituição Federal não pode ser interpretada para favorecer interesses isolados de determinados governos. Para a manutenção dos direitos e liberdades individuais e coletivos, é imperioso o respeito às normas constitucionais e acima de tudo, aos seus princípios, entre eles o da Separação dos Poderes e o do Estado Democrático de Direito. A preservação da Carta Magna é pressuposto da paz jurídica na sociedade, e o seu descumprimento pelas próprias instituições estatais é capaz de comprometer até mesmo a legitimidade do Estado.

V - BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *O decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CLEVE, Clemerson Merlin. Medida provisória - Iiminar. *Revista de Direito Público*, n.96, outubro - dezembro 1990.

CRETELLA JR., J. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 2 ed. Brasília: Editora Consulex, 1991.

MÉLEGA, Luiz, A eficácia das medidas provisórias reeditadas. *Repertório IOB de Jurisprudência*, (07), 1994.

PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Disciplina das relações jurídicas decorrentes da não-conversão de medida provisória em lei. *Repertório IOB de Jurisprudência*. (04), 1994.

TÁCITO. Caio. Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, (90), abril- junho 1989.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – PREVISÃO DO ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Alba Paulo de Azevedo

Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da UFRN

S U M Á R I O: 01 - Introdução; 02 - A acessibilidade ao serviço público; 03 - Do significado da locução "Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público"; 04 - Da lei regulamentadora da admissão temporária; 05 - Regime do contrato temporário; 06 - Em arremate; 07 - Bibliografia.

01 - INTRODUÇÃO

O estudo trazido a lume abordará o instituto previsto pela *Lex Mater*, em seu art. 37, inciso IX, qual seja, a contratação temporária para atender ao excepcional interesse público.

Tal instrumento de acesso ao serviço público fixa-se no âmbito da inexigibilidade ao concurso público, razão por que merece ser dissecado com desvelo, fundamentalmente tomando como suporte os requisitos cravados no texto constitucional.

O pessoal contratado por tempo determinado não se submete a um certame público de provas ou de provas e títulos, e sim a um processo seletivo simplificado, sujeito à divulgação ampla, inclusive no Diário Oficial da União.

Desse modo, o escopo do presente trabalho é esclarecer o real sentido da "necessidade temporária de excepcional interesse público." Onde se indagará acerca da obrigatoriedade ou não de uma lei regulamentadora infraconstitucional para se realizar tal contratação, bem assim quanto ao regime do instrumento contratual que disciplina a relação entre contratado e Administração Pública.

No que tange à lei reguladora da admissão temporária, há que se elucidar alguns pontos relacionados a sua elaboração em cada esfera do Poder Público, *considerando* também os critérios essenciais para que o conteúdo do *diploma* legal não venha obstacular a *continuidade* dos serviços públicos perante situações de urgência.

Por fim, dissecados todos os questionamentos suscitados ao longo dessa exposição, cabe tecer algumas considerações, em síntese conclusiva, que buscarão responder àqueles de uma forma sintonizada ao ordenamento constitucional vigente, mormente, tomando como norte a obediência aos postulados constitucionais.

02 - A ACESSIBILIDADE AO SERVIÇO PÚBLICO.

Com o intuito de aclamar princípios basilares da Administração Pública, a Carta Política de 1988 delineou, em seu art. 37, inciso II, a forma de acesso a cargos ou empregos públicos.

O concurso público de provas ou de provas e títulos, como regra geral, foi designado o meio técnico colocado à disposição da Administração Pública para proporcionar aos cidadãos-concorrentes um tratamento igualitário, dando-lhes oportunidade uniforme, desde que atendam aos requisitos legais.

A intenção da *Lex Mater*, notadamente, deságua na correta aplicabilidade dos princípios da isonomia, da moralidade administrativa e da impessoalidade.

Nesse passo, o princípio da isonomia, tão aludido nos dispositivos constitucionais - *exempli gratia*, art. 5º, *caput*; art. 5º, inciso I; art. 37, inciso I -, denota a preocupação do constituinte em assegurar a igualdade de direitos e obrigações sob vários aspectos da relação funcional, refletindo o desiderato de afastar, através do concurso, os ineptos e protegidos, que por vezes, já abarrotaram os cargos e empregos públicos.

Sob esse mesmo diapasão, a moralidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, desponta na esteira da ética, que deve nortear todo e qualquer procedimento da Administração Pública, sustentado ainda, na lealdade e na boa-fé, sob pena de incorrer numa conduta viciada, passível de invalidação.

Certo é que a moralidade integra o próprio direito, de maneira tão íntima a ponto de tornar-se essencial à validade da conduta do administrador público.

No afã de aniquilar todo e qualquer favoritismo ou perseguição, a *Lex Legum* deu ênfase à igualdade e à isonomia por intermédio do princípio da impessoalidade, cravado no seu art. 37, *caput*.

A finalidade pública se mostra luzente, em virtude da impessoalidade, pois que a atuação da Administração Pública não pode prejudicar, tampouco beneficiar determinadas pessoas, uma vez que é sempre o interesse público o norte a ser atingido.

Por ser assim, o ingresso no serviço público não passa pelo crivo de animosidades ou simpatias de ordem pessoal, as quais devem ser fulminadas de plano pelo administrador, sob pena de transgredir todo o arcabouço dos mandamentos constitucionais direcionados à acessibilidade a cargos, empregos ou funções públicas.

Malgrado artigo da Lei Magna instituir o concurso público como regra geral, ai para o acesso ao serviço público, o mesmo dispositivo faz ressalvas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Ademais, o art. 37, inciso IX da Lei Maior previu o instituto da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Na seara da inexigibilidade ao concurso público, além da contratação temporária - objeto desse estudo -, evidenciam-se situações outras, *verbi gratia*: a) provimento de cargo em comissão ou emprego ou função de confiança, acima aduzido; b) nomeação para certos cargos alheios à órbita do Poder Executivo; c) aproveitamento de ex-combatentes no serviço público.

Com efeito, o que se infere é a obediência da Administração Pública aos princípios constitucionais, seja na aplicação do concurso público, como procedimento administrativo de competição para o ingresso no serviço público, seja no âmbito da

inexigibilidade de concurso, mormente no que tange à contratação temporária, pois há que ser estipulado um processo de seleção do pessoal a ser contratado, vez que o trabalho temporário não justifica que sejam preteridos os postulados da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

03 - DO SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO "Necessidade Temporária de Excepcional Interesse Público".

Conveniente é esquadrihar o alcance e a acepção etimológica e jurídica da expressão *sub examen*.

A aplicabilidade desses requisitos impressos na referida locução, imposta pela *Lex Magnum*, há que ser estremada, para não ensejar interpretações desfiguradas do fim perseguido pelo Sistema Constitucional.

Para uma melhor elucidação, adotar-se-á uma análise bifurcada, a saber:

a) "Da Necessidade Temporária ...

Antes de adentrar o significado jurídico do termo, cumpre esclarecer o sentido de cada vocábulo.

Compulsando o dicionário de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA¹ necessidade vem definida como " Aquilo que é inevitável, fatal", ao passo que temporário seria "O que dura algum tempo; transitório, temporâneo, provisório".

No plano jurídico, encontram-se dois posicionamentos doutrinários quanto ao termo em evidência.

O primeiro deles, adota o fim a que se destina precipuamente uma dada atividade pública para diferenciá-la como permanente ou temporária.

Desse modo, por atividade temporária entende-se aquela acessória, que não se enquadra no caráter permanente das tarefas da instituição contratante.

Nessa linha de raciocínio, o conspícuo Juiz Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR², da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, já teve

¹ Novo Dicionário AURÉLIO da língua Portuguesa. 2ed. rev. e amp., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, pp. 1185 e 1661.

² Modifique-se a referência na Ementa que se segue, feita pelo Douto Magistrado ao art. 233, IV, do Regime Jurídico Único, vigente à época da sentença, pela alusão ao art. 2º, IV, da Lei n.º 8.745/93, que o substituiu sem modificar a orientação do dispositivo *revogado*.
"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DOCENTE. CONTRATAÇÃO PROVISÓRIA. DESVIO DE FINALIDADE. CONCESSÃO. 1- O contrato temporário, tipificado no art. 37, IX, da CRFB, exige que o trabalho a ser desempenhado pelo agente público seja de natureza eventual, não coincidente com a atividade normal da repartição onde aquele é lotado. II - A previsão abstrata do art. 233, IV, do RJU, ao autorizar a contratação por prazo determinado, de professor, só se legitima ante a autorização que recebera da Lei Magna se a prestação de ensino não coincidir com o fim primordial da instituição pública, pois, do contrário, configuraria desvio de finalidade, considerando-se a

oportunidade de sentenciar em sede de Mandado de Segurança, quando decide que a contratação de pessoal temporário deve ficar adstrita às atividades exercidas em natureza eventual, de maneira a não coincidir com a finalidade precípua da instituição pública.

Contudo, observa-se ainda, uma outra acepção acerca do termo "necessidade temporária". Tal corrente ao invés do fim primordial a que se resguarda uma certa atividade, adota o intervalo de tempo como critério diferenciador entre a necessidade permanente e a temporária.

Logo, segundo tal corrente, não importa se a atividade é principal ou acessória, o que tem o condão de determinar a natureza temporária é o tutor tempo, refletido na transitoriedade do serviço executado.

Infere-se, portanto, que mesmo o pessoal suplementar, em caráter temporário, poderia desempenhar atividades normais da instituição pública, em virtude de um interesse público excepcional.

Esta é a posição adotada por CARLOS PINTO COELHO MOTTA³, que expõe: "por necessidade temporária entende-se a qualificada por transitória: a que não é permanente, aquela que se sabe ter um prazo de conclusão (construção de uma obra, elaboração de um urbanístico, limpeza de um prédio) ..."

Na verdade, o que se tem constatado é uma má interpretação do instituto em comento, por parte de alguns órgãos da Administração.

Ora, a vacância de cargos em decorrência de aposentadoria falecimento, exoneração, transferência, dentre outros casos, não se coadunam com os requisitos da contratação temporária, porque em tais situações tem-se a extinção da *relação* institucional entre servidor Administração.

Em ocorrendo as hipóteses aventadas, verifica-se que o meio idôneo: à admissão de pessoal é o concurso público, e não a contratação por tempo determinado, visto que a admissão indiscriminada de pessoal foi exatamente o que a Lei Magna buscou fulminar, ao traçar limites ao ingresso no serviço público.

Aliás, parece que a dificuldade maior para o administrador *público* cinge-se a definição do termo "excepcional interesse público", haja vista que mesmo com a edição da Lei nº 8.745/93, de 9 de dezembro de 1993, ainda observam-se contratações em descompasso com as imposições *arroladas* no diploma supracitado.

Não se justifica, v.g., a contratação temporária de servidor quando existem vagas para o cargo e concursados aguardando convocação e nomeação.

Cabe aqui, a seguinte indagação: Não há possibilidade de contratar-se temporariamente em nenhuma necessidade permanente do serviço público?

Evidentemente, conforme já frisado, quando a forma de preenchimento das vagas existentes deva ser a normal, qual seja, o concurso público de provas ou de provas e títulos, ou ainda a nomeação dos aprovados em certame válido, descabida e passível de invalidação será a contratação temporária, porém, quiçá ocorram situações urgentes, como uma licença ou afastamento, e inexistam vagas e aprovados a serem convocados, a contratação só se justifica quando realizada pelo tempo suficiente à regularização da situação excepcional, o que obviamente se dará com a competente realização de um concurso público.

necessidade de tais cargos deverem ser providos de maneira efetiva. III - Súplica mandamental acolhida. "(Juiz Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, DA 4ª Vara da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, no MS em que impetrante JOSELITA BEZERRA DA S. UNO e impetrado ato do DIRETOR DA ETFRN. Decisão de 22/09/93).

³ O Novo Servidor Público - Regime Jurídico Único, p. 68.

b) ••• de excepcional interesse público"

Outro requisito impostergável para a concretização do instituto em tela é a existência do interesse público excepcional.

Merece ser apreciado com desvelo o real significado que a Lei Maior atribuiu ao termo excepcional. Este, de plano, pode ser traduzido como algo incomum, emergencial, imprevisível, extraordinário, ou ainda como uma exceção.

E, nesse último significado, o insigne CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁴, leciona com ma estria ao mostrar:

"Assim, entendemos que a contratação temporária é cabível perante situações de emergência, é dizer, 'excepcionais', portanto, em que está, 'm pauta um interesse que 'excepciona' - de modo transitório - a admissão por concurso. Sendo esta a índole do preceito, compreende-se também que a Administração fica posta no indeclinável dever de instaurar de imediato o concurso para o ulterior provimento definitivo, salvo nos casos em que a demanda de pessoal é em si mesma temporária, por ser sazonal, ou porque não é previsível sua reprodução".

Nota-se, claramente, que o interesse público excepcional ensejador da investidura provisória há de reservar-se a situações onde a Administração não possa utilizar-se de certame público ainda válido ou da realização de um novo, naquele instante de urgência.

O art. 2º da Lei nº. 8.745/93, que regulamentou o instituto trazido à coleção, no âmbito federal, contemplou tal situação nos seguintes termos, *verbis*:

"Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I - assistência a situações de calamidade pública;

II - combate a surtos endêmicos;

III - realização de recenseamentos;

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia".

Não obstante expressa previsão infraconstitucional, na realidade prática, o que se constata, em determinados casos, é o manejo inadequado da citada norma reguladora por alguns agentes públicos, dando azo ao desvio de finalidade, pois mesmo ante os requisitos constitucionais do art. 37, IX, a Administração, por vezes, ignora-os, desvirtuando o instituto da contratação de pessoal temporário, com a realização de determinadas admissões em descompasso com o preceito estatuído na Lei Magna.

Por isso, não tem sentido alguns atos de certos agentes, como no exemplo já apresentado; em que se contratam pessoas provisoriamente para ocupar cargos vagos, onde existem candidatos habilitados mediante certame aguardando a convocação para os referidos cargos.

A dimensão da questão abarca conseqüências que exorbitam os limites do concurso público, visto estarem presentes reflexos no patrimônio público, além da violação ao direito dos aprovados à ordem de preferência.

Acrescente-se, outrossim, que contratar pessoal por tempo determinado, deixando exaurir-se, propositadamente, o prazo de validade de certame, constitui uma atitude da Administração que macula a moralidade pública.

Vê-se, portanto, que para se contratar temporariamente, não basta a excepcionalidade da circunstância. Esta, necessariamente, há de ser justificada em fatos objetivos e motivos plausíveis, expostos de tal maneira a não deixar resquícios de desvios de finalidade.

04 - DA LEI REGULAMENTADORA DA ADMISSÃO TEMPORÁRIA.

Ao dispor acerca do instituto em tela, a Lei Fundamental, assim disciplinou em seu art. 37, inciso IX, *in verbis*:

"a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. "(grifos acrescentados)

Evidentemente, a aplicabilidade do mandamento supracitado somente ocorrerá em situações que fujam ao cenário da normalidade, de modo que a realização do concurso público não se adequaria como o meio mais célere para suprir o quadro de pessoal numa dada necessidade, cuja urgência enseja a excepcionalidade, e conseqüentemente as admissões provisórias para atender àquela eventualidade.

Volvendo atenção para o teor do dispositivo trazido à colação, observa-se que a Lei Maior prevê que os casos de contratação para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público deverão de ser estabelecidos em lei.

Supõe-se, portanto, que o preceito constitucional cravado no inciso IX, do art. 37, revela indicação semelhante aos casos de dispensa, inexigibilidade e vedação de certame Licitatório, os quais já se apresentam expressamente elencados pela legislação infraconstitucional.

Situações de excepcional interesse público, ensejadoras de contratação por tempo determinado poderão ocorrer a qualquer instante, exigindo que a Administração solucione o problema o quanto antes, velando sempre pelo princípio da continuidade dos serviços públicos.

Desse modo, perante situações concretas, compete à autoridade administrativa avaliar se existe adequação ou não com a hipótese prevista, de maneira abstrata, pela norma infraconstitucional.

Oportunamente, cumpre indagar: - Que critérios o legislador poderá adotar para especificar os casos em que se aplica a contratação temporária de excepcional interesse público?

A princípio, é preciso considerar a natureza da matéria a ser tratada, pois que dada a eventualidade e o caráter de urgência, forçoso seria para a Administração Pública aplicar uma norma cujo conteúdo material fosse elaborado com base em minúcias, como por exemplo, o número de profissionais a serem contratados ou quais categorias seriam contratadas.

Nesse sentido, primorosa é a posição adotada pelo ilustre UBIRATAN LARANJEIRAS BARROS⁵, que assim opina:

" ... Não pertine ao conteúdo material da referida lei quais categorias serão contratadas, a quantidade de profissionais e outras disposições desta natureza. Disposições como essas equivaleria a estipular, de antemão, o prazo de vigência da lei. Ora, a natureza da matéria a ser tratada não tolera se fixe prazo de vida da lei. "

Dessarte, levando-se em conta a opinião do parecerista supracitado percebe-se que a lei reguladora da contratação temporária há que se fundar em hipóteses genéricas e abstratas com a óbvia obediência aos mandamentos constitucionais, porém enquadrada entre as normas permanentes, de modo a subsistir até o instante em que seja modificada ou derogada, sobretudo porque o princípio da continuidade deve sempre estar em evidência ..

A legislação infraconstitucional passa pelas esferas federal, estadual, municipal ou distrital, donde se extrai que a lei regulamentadora das admissões temporárias há que ser específica para cada área, pois as situações que ensejam a realização da contratação, podem oscilar de acordo com a necessidade de cada esfera do Poder Público, além do mais o art. 37, inciso IX, da CRFB não faz restrição quanto ao assunto.

Ante a existência de uma lei que discipline as admissões temporárias no serviço público federal, não se deve assentar que as necessidades excepcionais de âmbito estadual ou municipal, necessariamente são as mesmas daquela esfera.

Por ser assim, a providência que parece estar mais alinhada com a orientação constitucional é a elaboração de leis regulamentadoras para cada esfera do serviço público, até porque cada Poder deve exercer sua autonomia sobre a organização de seus próprios serviços.

A nível federal, a Lei nº. 8.745 de 9 de dezembro de 1993 já despertou controvérsias quanto a alguns de seus dispositivos, havendo inclusive quem aponte vícios de inconstitucionalidade, *in exemplis*, no art. 6º do referido diploma.

Na opinião de PALHARES MOREIRA REIS⁶, o artigo acima mencionado abalroa os dispositivos constitucionais permissivos da acumulação remunerada, quais sejam, art. 37, XVI e XVII; art. 95, parágrafo único, I e o art. 128, parágrafo 5º, II, d.

De fato, ao proibir a contratação de servidores da administração direta ou

⁵ Contratação temporária para atender situações de excepcional interesse público. Boletim de Direito Administrativo, maio/96.

⁶ Admissões Temporárias. *Revista CONSULEX*, janeiro/1997, pp. 56/58.

indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empregados ou servidores de suas subsidiárias ou controladas, tal dispositivo entra em choque com a permissão constitucional de acumulação de cargos, empregos e funções concedida em algumas hipóteses - como é o caso dos ocupantes de cargos de professor, médico, magistrado ou membro do Ministério Público - exatamente porque todos estes têm permissão constitucional de acumulação de cargos públicos, desde que haja compatibilidade de horários.

Evidentemente, inexistente a possibilidade de acumulação para outras atividades. Entretanto, o diploma legal trazido à baila deveria ter feito a ressalva quanto aos cargos supracitados, para que não pairassem dúvidas acerca da contratação temporária de professor visitante em relação àqueles ocupantes dos referidos cargos.

Ainda quanto à lei regulamentadora da admissão temporária, outros pontos que merecem apreciação dizem respeito a possíveis restrições ou omissões do texto infraconstitucional, bem como a própria inexistência do referido diploma legal que trate da questão.

Assim, numa ótica hipotética, considere-se que em um dado Estado "X" a Assembléia Legislativa ao elaborar a lei regulamentadora da contratação temporária, incluiu um dispositivo contendo a quantidade de profissionais a serem contratados numa situação de excepcional interesse público.

Incluir no texto legal um requisito com tamanha especificidade, em determinados casos, seria como prever o imprevisível ou datar uma eventualidade.

Ao depois, considere-se ainda, uma possível conjuntura fática, exempli *gratia*, o referido Estado "X" se ressentir com um surto epidêmico e seu quadro de pessoal retratar um número hipossuficiente para a perfeita execução do mister no combate à epidemia. Tal caso se coaduna com a previsão da Lei Ápice insculpida no art.37, IX.

Outrossim, presume-se que a situação hipoteticamente exibida alastre-se e culmine numa dimensão cuja contratação temporária por excepcional interesse público esbarre no limite imposto pela norma reguladora, que restringiu o número de profissionais a serem contratados num patamar inferior ao que exige a realidade fática.

Dois questionamentos afloram em virtude desse suposto acontecimento, quais sejam:

a) estaria o Poder Executivo obrigado a pedir autorização legislativa a cada situação excepcional, que não se adequasse por completo com a previsão infraconstitucional?

b) pode a Administração Pública contratar temporariamente, mesmo sem edição de lei regulamentadora?

De antemão, algumas considerações são pertinentes antes de adentrar propriamente o âmago das inquirições supramencionadas.

O traço singular do serviço público é a sua essencialidade para coletividade. Exatamente por se constituir numa atividade de ordem fundamental é que o serviço público destoa da atividade econômica exercida pelo Estado.

Por estampar um interesse público objetivo é que o serviço público, tem na pessoa do Estado o titular para sua gestão, que necessariamente deve submeter-se a diversos princípios constitucionais e do Direito Público, sobretudo aqueles voltados à prestação eficiente à comunidade.

Desse modo, o princípio da continuidade do serviço público, constituído e lapidado pela jurisprudência, indica que por traduzir-se numa essencialidade à coletividade, o serviço público não pode sofrer interrupções, devendo ser mantido a qualquer transe, pois a

coletividade conta com sua perfeita execução.

À Administração incumbe zelar pelo interesse público, sendo obrigada a exercer de forma contínua suas atividades. Entretanto, não pode o administrador público desvencilhar-se, em hipótese alguma, das balizas constitucionais, que lhes dão sustentáculo no desenrolar do procedimento administrativo.

Por sua vez, o legislador não pode omitir-se ou recusar-se a produzir leis que são necessárias à aplicação plena da norma constitucional.

O art. 37, IX, da Constituição Federal, enuncia um direito da Administração Pública que depende de lei federal, estadual, municipal ou distrital, que regulamente sua aplicabilidade e tome-a eficaz. A recusa por parte do Poder Legislativo na confecção de uma lei infraconstitucional pode desafiar ação de inconstitucionalidade por omissão - art. 103, da *Lex Legum*.

No que tange à possibilidade de o Poder Executivo ficar adstrito à autorização do Legislativo para poder contratar temporariamente quando a legislação infraconstitucional regulamentadora for omissa diante daquela eventualidade ou apresentar conteúdo restrito e específico a ponto de tomar-se inaplicável ao caso excepcional, há que se ter em mente que o art. 37, IX da Carta Política Nacional enuncia um direito da Administração Pública a ser regulamentado em lei.

Se porventura a lei infraconstitucional não corresponder à perfeita aplicação do preceito estatuído na Lei Magna, certamente não será o interesse público prejudicado, de modo a ensejar danos irreparáveis à comunidade.

A continuidade dos serviços públicos, indubitavelmente, também deu azo ao espírito do legislador constituinte quando da confecção do dispositivo por ora trazido à lume.

Logo, parece evidente que se a Administração tiver que optar entre esperar todo o trâmite de um projeto de lei ou efetuar contratações de pessoal para sanar um problema que oferece sérios riscos à coletividade, logicamente o ato administrativo deverá valorizar continuidade dos serviços.

Árduo seria imaginar inúmeras vítimas definhando, enquanto o Executivo pede autorização ao Legislativo, alongando-se em procedimentos, por vezes, procrastinatórios.

Quanto à possibilidade de contratação temporária na ausência de lei reguladora, preciso é o ensinamento do professor CELSO ANTÔNIO III\NDEIRA DE MELLO⁷ que assevera:

"Cremos que a resposta deve ser afirmativa. É que as necessidades que vêm suprir não aguardam o surgimento da lei em apreço para, só então, disciplinadamente irromperem. Visto que a Constituição as considerou de relevo suficiente para lhes dedicar uma atenção peculiar, seria incabível admitir que a inércia legislativa paralisasse a operatividade imediata do preceito, inibindo se extraísse dele, tudo que fosse, desde logo, aproveitável. "

Nesse contexto, cabe à Administração Pública efetuar a contratação fulcrata na permissão constitucional, conquanto imediatamente deverá ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo em regulamentar tal situação.

Obviamente, para a perfeita execução dos serviços públicos, melhor seria que a contratação temporária já estivesse regulamentada em todas as esferas, e de modo a não obstacular sua aplicabilidade à realidade , concreta, para que o administrador público

⁷ Obra Citada, p, 83.

utilizasse tal instrumento sob a maior lisura possível. De qualquer modo, mesmo não havendo a regulamentação em alguns casos, o que se deve ter em mente é que a admissão temporária há de estar adstrita aos requisitos constitucionais do art. 137, inciso IX, cabendo ao administrador público não desvirtuá-los os em nenhuma hipótese.

05 - REGIME DO CONTRATO TEMPORÁRIO

O sistema constitucional vigente não permite a figura contratual dentro do regime estatutário, pois este se trata de um regime unilateral, e institucional, cujo ingresso do servidor para qualquer cargo ou emprego, ressalvados os comissionados, de livre nomeação e exoneração, obrigatoriamente exige concurso público de provas ou de provas e títulos.

Eis que o quadro permanente de pessoal, admitido sob a égide de um regime jurídico único, destina-se a atender necessidades normais e constantes da Administração Pública.

Todavia, de quando em vez, o Poder Público necessita recorrer à admissão de pessoal suplementar, que não deve permanecer vinculado à Administração, após o término dos trabalhos que ensejaram a contratação, justamente porque o mister exercido tem caráter excepcional, tendo cabimento desde que preenchidos os requisitos do art. 37, IX, da Carta Política Nacional.

Resta patente não haver, no ordenamento constitucional pátrio, a figura do servidor temporário submetido ao regime institucional, verificando-se apenas a contratação temporária e excepcional, cujo regime norteador precisa ser esclarecido, de forma a enquadrá-lo no direito civil, administrativo ou trabalhista.

A doutrina manifesta dissensos acerca do regime jurídico desse pessoal admitido temporariamente.

Na opinião de DIÓGENES GASPARINI, citado por ADILSON ABREU DALLARI⁸, os trabalhadores admitidos, temporariamente, pela Administração Pública, devem ser qualificados como "servidores administrativos", regidos por lei especial, de Direito Administrativo, num regime diferente do estatutário e do celetista, caracterizando-se pela existência de condições e cláusulas derogantes do Direito Comum.

Entretanto, esse não é o posicionamento do mestre ADILSON A. DALLARI, que exhibe duas razões para tanto, a saber: a) a literalidade do texto constitucional não autoriza a instituição de um regime jurídico, mas, simplesmente, atribui à lei a tarefa de disciplinar os casos de contratação temporária; b) o vocábulo "contratação" exclui o regime estatutário.

Traduzindo o ensinamento acima referido, observa-se que o regime jurídico do pessoal contratado excepcionalmente e por tempo determinado é o da CLT, mesmo porque o regime jurídico, único por comportar plano de carreira, só se aplica ao pessoal permanente.

Portanto, se o regime estatutário é único, está excluída a possibilidade de criação de um segundo regime estatutário, restando apenas a possibilidade de utilização do

⁸ Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2 ed, p. 124.

regime celetista para as contratações temporárias.

No que tange à locação de serviço, na forma prevista no Código Civil, a que se referia o art. 232, da Lei nº. 8.112/90, aquela foi expressamente revogada pela Lei nº. 8.745/93.

Desse modo, exclui-se, de plano, o regime de direito civil (locação de serviços), para nortear o instituto da contratação por tempo determinado por excepcional interesse público.

Outro ponto interessante quanto a esse entendimento de que o contrato temporário tem natureza trabalhista é o fato de o Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, não promover para os contratados por tempo determinado o desconto previdenciário para o Plano de Seguridade Social dos Servidores, e sim, o desconto para a previdência social dos celetistas, além de estarem submetidos ao regime do FGTS, próprio dos celetistas, diferentemente dos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90 e daqueles anteriormente submetidos às normas do direito civil.

É razoável, assim, concluir que a contratação para os empregos públicos, sejam estes temporários ou permanentes, atualmente, devem realizar-se sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

06 - EM ARREMATE

À vista de tudo quanto foi exposto, conveniente é traçar algumas conclusões acerca desta exposição:

A contratação temporária por necessidade excepcional da Administração Pública enquadra-se na seara da inexigibilidade ao concurso público, tendo em vista que a admissão do pessoal temporário ocorre mediante processo seletivo. Este, que assim como todo e qualquer certame público deve ser realizado sob o amparo dos postulados da isonomia, da moralidade e da impessoalidade;

Para o administrador público contratar pessoal por tempo determinado, não basta a excepcionalidade das circunstâncias, estas devem ser justificadas em fatos objetivos e motivos plausíveis, sob pena de incorrer em desvio de finalidade;

A previsão constitucional do art. 37, IX, há que ser regulamentada em lei infraconstitucional da competência de cada esfera da Federação, quais sejam, federal, estadual, municipal, ou ainda distrital;

A lei reguladora da contratação temporária há que se fundar em hipóteses genéricas e abstratas, com a óbvia obediência aos mandamentos constitucionais, sobretudo considerando o princípio da continuidade dos serviços públicos;

A Administração tem o dever de fazer funcionar os serviços públicos para atender à coletividade, sem desvencilhar-se das balizas constitucionais que lhes dão sustentáculo;

Na ausência de lei reguladora, ou se porventura tal diploma legal tiver sido elaborado de forma desvirtuada da previsão cravada na Lei Magna, cabe à Administração efetuar a contratação fulcrada na permissão constitucional, embora imediatamente, deva ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, por omissão do Poder Legislativo em regulamentar tal dispositivo;

No ordenamento jurídico-administrativo brasileiro, o regime estatutário tem caráter institucional e de unicidade, não comportando, portanto, uma relação contratual;

É celetista o regime da contratação temporária por excepcional interesse público, tendo em vista as características do referido instrumento, v.g., desconto para a previdência social e submissão ao regime do FGTS.

07 - BIBLIOGRAFIA

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Contratação temporária de professor substituto, à luz da constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica IN VERBIS*, Natal, 1(2): 58-68, ago/set. 1995.

BARROS, Ubiratan Laranjeiras. Contratação Temporária para atender situações de excepcional Interesse Público. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, pp. 290-292, maio, 1996,

CANDIOTA, Telmo. Servidor Público - Contratação Temporária (Regime Jurídico Previsto no art. 37, IX, da CF). *Revista Trimestral de Direito Público*. n 6, p 169/174, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos Servidores Públicos*. 2ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7 ed., São Paulo, Atlas, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário AURÉLIO da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. e amp.. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, pp. 1185 e 1661.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____' *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta* (direitos e deveres). 3ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *O Novo Servidor Público: Regime Jurídico Único*, Minas Gerais, Lê, 1990.

MUKAI, Toshio. O Princípio da Continuidade do Serviço Público, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n 204, pp. 103-109, abr./jun. 1996.

RANIERI, Nina. A Autonomia Universitária e a Contratação Temporária de Excepcional Interesse Público. *Revista dos Tribunais* Ano 1, n 3, pp. 85-91, abr./jun. 1993.

REIS, Palhares Moreira. Admissões Temporárias. *Revista Jurídica CONSULEX*. Brasília, ano I, n 1, pp. 56/58, janeiro, 1997,

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

_____ ' O Concurso Público e o Direito à Nomeação. *In:* Estudos de Direito Administrativo ... São Paulo, Max Limonad, 1996.

REFORMA ADMINISTRATIVA, ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO E DIREITO ADQUIRIDO

Ana Cláudia Gomes de Meio
Concluinte do Curso de Direito da UFRN

1 - GENERALIDADES:

A década que passou foi marcada por transformações políticas tão profundas, quanto avassaladoras. O mundo assistiu a derrocada do muro de Berlim, marco de uma época de guerra fria e de intransigências políticas.

Os reflexos da ruína do "Socialismo Real" fizeram-se sentir por toda parte. De repente, caiu por terra a grande utopia deste século: a possibilidade de constituição de uma alternativa ao modo de produção capitalista.

Eis o cenário perfeito para a ofensiva capitalista, sob a "fórmula mágica" do neoliberalismo, doutrina que tem sua nascente no berço da Revolução Industrial, onde a "Dama de Ferro" divulgou ao mundo o "grande achado" do final do século, a reinvenção da teoria liberal de outrora com vestes modernas.

É sob a égide do neoliberalismo que nos países capitalistas instituem-se transformações no Estado com o fim de enxugar a máquina administrativa e fazer com que o Estado tenha uma participação mínima na economia, realizando só atividades inerentes ao poder público: é a teoria do Estado mínimo, fundamento da doutrina neoliberal.

Eros Roberto Grau, ao comentar a doutrina neoliberal, define a sua versão mais radical, dizendo que das várias versões do neoliberalismo há *"algumas que poderíamos qualificar de prudentes, outras nitidamente imprudentes, qual a que visualiza no Estado de Direito Social e Democrático o inimigo número um do processo de acumulação capitalista e reduz a humanidade exclusivamente àqueles que sejam ativos nos mercados. Nessa versão, à moda de Hayek, as funções do Estado devem ser reduzidas às de polícia e de caridade, o Welfare State é identificado com o Estado despótico e - gravíssimo - nela o discurso atropela e violenta o Estado Democrático (ToseI 1992/ 116-117)"*.

O que os doutrinadores do neoliberalismo não levaram em conta é que o Estado Democrático de Direito, obra do próprio capitalismo fez surgir necessidades sociais que, definitivamente, requerem a intervenção estatal, não comportando sua redução à níveis mínimos.

No Brasil, as reformas pretendidas para a redução do campo de atuação do Estado encontram-se em marcha, embora não se possa falar em redução do Estado de Direito, uma vez que este mal chegou a dar sinais de vida por aqui.

A Constituição Federal de 1988 e todo o processo que deu Origem à Assembléia Nacional Constituinte foram tentativas de instalação do Estado Democrático de Direito no Brasil, pois com o fim da ditadura militar e a transição democrática do final dos anos oitenta deixava-se para trás todo um regime de privações de direitos individuais e coletivos.

Ao contrário dos países capitalistas centrais, principalmente dos Estados Unidos da América, onde, por força da doutrina Keynesiana, ampliou-se sobremaneira a área de atuação do Estado, transformando-se em verdadeiro polvo com vários tentáculos, no Brasil e na América Latina como um todo, não ocorreu este fenômeno. Antes as ditaduras que por aqui se implantaram ocuparam-se, apenas, de suas próprias manutenções e todo o

investimento do Estado se voltou para a sustentação do *status quo* ditatorial.

A Constituição Federal de 1988 surge como necessidade de uma sociedade recém-democrática, nascida do poder constituinte originário, consentido socialmente, para elaborar uma carta política que instituísse o Estado Democrático de Direito.

Com tão pouco tempo de vigência a Lei Ápice de 88 já sofreu e vem sofrendo várias reformas, sem sequer ter sido regulamentada boa parte de seu texto. É modificada, curiosamente, pelo mesmo argumento: a garantia da governabilidade. Se bem que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995 trate da garantia da governança, o que, no fundo, é mero jogo de palavras para mascarar a sua real intenção, qual seja a de adequar o texto constitucional aos interesses do governante da hora.

2 - O PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO:

A Reforma Administrativa proposta pelo Governo Federal tem como meta a instituição de uma administração pública gerencial voltada ao atendimento do "cidadão cliente".

No documento em epígrafe, o Governo Federal afirma que o Estado brasileiro é burocrático e ineficiente, gerando uma crise de governança, fazendo com que o governo não possa implementar políticas públicas com eficiência.

A estabilidade do servidor público, o regime jurídico único, a rigidez do processo licitatório, a aposentadoria com proventos integrais e o detalhismo do orçamento público são apontados como os principais responsáveis pela ineficiência do Estado, e a atual Constituição Federal é considerada a grande vilã, um verdadeiro retrocesso burocrático. É assim que o Governo Federal vê a Constituição e a Administração Pública, jogando sobre os servidores públicos todas as mazelas da prestação de serviço público pelo Estado.

No capítulo destinado a fundamentação histórica da Reforma do Aparelho do Estado, encontra-se um item com o seguinte título: "O Retrocesso de 1988". Nele se afirma que o processo de transição democrática, que se iniciou em 1985, foi marcado pelo loteamento de cargos públicos entre os políticos, instituindo-se "um novo Populismo Patrimonialista" no país, o que culminou com a Constituição de 1980, que, segundo o texto, legitimou essa situação. É o que se depreende da análise do trecho a seguir transcrito:

"A conjunção desses dois fatores leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente - engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da Administração Indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir as Fundações e Autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a Administração Direta."

O que é curioso no texto acima, é que se faz duras críticas à Constituição de 88, como se antes dela a administração pública estivesse avançando, não se sabe' para onde,

nem em cima do que, mas avançando. Fala-se em retrocesso burocrático e mais adiante elogia-se o Decreto-lei 200, o qual estaria, supostamente, no rumo certo.

Impressiona a falta de critérios do Plano Diretor da Reforma, pois trata a Constituição de 88 como constrangimento, engessamento da administração pública, ao passo que elogia o Decreto-lei 200, datado de 25 de fevereiro de 1967, elaborado pelo Regime Militar de então.

Cumpram ressaltar que o decreto-lei supracitado não é ruim pelo fato de ter sido concebido pelos ditadores, e a Constituição boa porque adveio de um regime plural. Não apenas isso. O Decreto-lei 200 é de péssima redação, como enfatiza CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: "*Não é difícil perceber que o Decreto-Lei em exame, desde o seu ponto de partida, ressentido-se tanto de impropriedades terminológicas, quanto de falhas em seus propósitos sistematizadores, levando a crer que foi elaborado por pessoas de formação jurídica nula ou muito escassa, como soía ocorrer ao tempo da ditadura militar instalada a partir de 1964.*" Além do mais, ao contrário do que se alega no texto do *Governo*, houve sim, um grande debate popular em tomo do processo constituinte de 1988.

Ademais, como bem frisou CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA no IX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em palestra intitulada "*Os direitos dos servidores e a Reforma Constitucional*", oportunidade em que cita o mestre PAULO BONAVIDES, que afirma: "*A Constituição jamais é constrangimento legal, senão para ditadores*".

Na verdade o projeto de Reforma Administrativa do Governo Federal busca adequar a Constituição ao seu projeto de Governo, gerando a insegurança nas relações jurídicas, visando "flexibilizar a estabilidade", instituir regimes jurídicos diferenciados, acabar com a aposentadoria com proventos integrais dos servidores públicos, criando uma verdadeira guerra contra o servidor público, apontado como o grande responsável pela má prestação de serviços públicos pelo Estado e detentor de privilégios enormes.

Atacando o servidor público com uma vasta campanha na mídia para denegrir-lhe a imagem, o Governo Federal tem feito o cidadão brasileiro passar por um processo de lavagem cerebral para divulgar a ideologia neoliberal, de que é preciso privatizar tudo pois, como afirma MÁRCIO CAMMAROSANO, a propaganda governamental procura demonstrar que a iniciativa privada é a encarnação do bem e o Estado é a encarnação do mal.

A propaganda levada a cabo pelo Governo Federal faz parecer que a estabilidade só faz brotar funcionários públicos corruptos e incompetentes, sendo a flexibilização necessária para que o servidor valorize seu emprego. Ora, isso não é mais que ideologia que, de forma muito bem explicada pelo Professor ALPIPIO DE SOUSA FILHO, "*é o ocultamento do processo que engendra e conserva o real*".

3 - ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO:

A estabilidade no Serviço Público tem por objeto os princípios da continuidade do serviço público e da segurança jurídica.

Assim, protege-se o cidadão contra uma eventual descontinuidade da prestação de serviço público e protege-se o servidor contra demissão arbitrária.

Além do mais, a estabilidade opera como meio de proteção da coisa pública contra investidas paternalistas dos governantes pois, se não existisse a estabilidade, estes poderiam demitir a seu bel-prazer e admitir seus apadrinhados políticos.

Ao contrário do que a propaganda ideológica do Governo Federal tenta passar para o opinião pública, o instituto da estabilidade serve à moralidade administrativa. pois é a melhor garantia contra os maus administradores, de que o setor público não será utilizado como "cabide de empregos" do governante do momento, ou como leciona CARLOS PINTO COELHO MOTTA, ao tratar da estabilidade, afirmando ser esta *"concessão destinada a promover a segurança funcional do servidor solidificando seus vinculas com a organização pública. Como mencionamos algures, o que se deve reforçar é o compromisso do servidor com o próprio Estado-nação e não com determinado Governo ou governante. O trato da coisa pública exige certa independência, subordinada a valores éticos que transcendem às hierarquias organizacionais"*.

Nesse sentido, a estabilidade serve como proteção contra perseguições políticas, apadrinhamentos, represálias e opiniões ideológicas divergentes das opiniões dos administradores, principalmente em períodos de sucessões *governamentais*.

A estabilidade é decorrência lógica do concurso público, pois não haveria sentido se submeter a um concurso público, sabendo que se correria o risco de ser demitido a qualquer momento, sem motivo justo.

O artigo 41 da Constituição de 1988 deixa clara a vinculação entre Concurso Público e estabilidade, *verbis*: *"São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de Concurso Público"*.

São requisitos para se adquirir a estabilidade a aprovação em concurso público e o estágio probatório de dois anos, quando o servidor é avaliado quanto à assiduidade, aptidão, eficiência e idoneidade moral. Desta forma o servidor é duplamente avaliado, primeiro no concurso público e depois, no estágio probatório.

Não há, no entanto, a impossibilidade de demissão do servidor estável, pois uma vez comprovada a falta grave deste, em processo administrativo, no qual lhe seja assegurado ampla defesa, poderá o servidor ser demitido. O artigo 132 do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, Lei 8112/90, elenca as hipóteses em que o servidor sofrerá pena de demissão.

A proposta de emenda constitucional nº. 173 é inócua no ponto relativo à perda do cargo por servidor estável, pois as hipóteses dos seus incisos II e III do artigo 41 estão suficientemente contempladas no artigo 132 supracitado, pois a pena de demissão do servidor que agir com desídia, improbidade ou falta grave, apurada em processo administrativo, de que trata a PEC 173, já está contemplada nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI do referido artigo da Lei 8112/90.

Já a demissão por insuficiência de desempenho de que trata o inciso III do artigo 41 da PEC 173, equipara-se aos incisos III, VI, VII, VIII, IX, X, XI e XII do texto da Lei 8112/90, em apreço.

No tocante a este ponto da Reforma, a novidade fica por conta do inciso IV, proposto ao artigo 41 da Constituição Federal, também pela Proposta de Emenda 173, o qual tem a seguinte redação:

"Artigo 41 - .. , , só podendo ocorrer a perda de cargo (...)

IV - por necessidade da administração pública, visando a redução ou reestruturação de quadros, bem como a adequação destes aos limites fixados no artigo 169, observados os critérios de desligamentos estabelecidos em Lei complementar".

A Administração Pública é informada por dois princípios basilares, quais sejam: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos. Nas palavras do ilustre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o primeiro princípio *"é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados"* (pág. 27). O segundo representa a idéia exposta por RUY CIRNE LIMA, de que a Administração é a *"atividade do que não é senhor absoluto"*.

Tais princípios explicam o porquê da estabilidade do servidor público, é ela a garantia contra os maus administradores, que se utilizam da máquina administrativa para auferir vantagens para seus partidários. Como salientou-se acima, complementa a estabilidade o escopo do concurso público, que é o *"meio de aferição da qualificação dos postulantes ao cargo de servidor público, almejando não só a continuidade dos serviços públicos, mas que esses sejam prestados em níveis mais satisfatórios"*.

A proposta de Reforma Administrativa do Governo Federal não respeita nenhum dos princípios do Direito Administrativo, negando, de forma brutal, toda a concepção de Administração Pública. O trecho que segue diagnostica a falta de conhecimento jurídico, ou o que seria bem pior, a má fé dos proponentes da Reforma em curso:

"A legislação que regula as relações de trabalho no setor público é inadequada, notadamente pelo seu caráter protecionista e inibidor do espírito empreendedor. São exemplos imediatos deste quadro a aplicação indiscriminada do instituto da estabilidade para o conjunto dos servidores públicos civis submetidos a regime de cargo público e de critérios rígidos de seleção e contratação de pessoal que impedem o recrutamento direto no mercado, em detrimento do estímulo à Competência".

Vale lembrar que esse trecho está inserido no Plano Diretor da Reforma Administrativa. Não precisa ser nenhum Doutor em Direito Administrativo para verificar erros grosseiros, injustificáveis, na proposta governista, pois esta, além de ferir frontalmente os princípios de direito público, quer trazer para a Administração Pública institutos de relações privadas, pois ao falar em espírito empreendedor nas relações de trabalho no setor público, quer afirmar a possibilidade de relações empregador-empregado do direito do trabalho, nas relações entre a administração pública e os servidores, já experimentadas e recusadas pelos administradores de outrora, que se confirma pela proposta de Reforma Administrativa do Ex-ministro Aluísio Alves, do Governo de José Sarney em 1986, quando se falava da necessidade de um regime estatutário para os servidores.

Além do mais, ao propor o recrutamento de pessoal diretamente no mercado, sem a realização de Concurso Público, está se propondo um retrocesso sem par, a volta, aos tempos em que se fazia da Administração Pública "cabide de empregos" de cabos eleitorais do governante de plantão. Razão mais forte, ainda, contrária ao recrutamento direto, sem concurso público, encontra-se nas palavras do mestre HEL Y LOPES MEIRELLES:

"O Concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos consoante determina o artigo 37, II, da Constituição Federal da República. Pelo Concurso se afastam, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de

protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder, leiloando empregos públicos”.

Que existem falhas no modelo administrativo brasileiro não há dúvidas, o que não se pode é dizer que todas as mazelas da Administração Pública são fruto da estabilidade que acomoda os servidores, o que, além de ser falso, é insustentável, pois antes da Constituição de 1988 não havia o instituto da estabilidade, no entanto os serviços públicos, então prestados, não eram melhores que os atuais, muito pelo contrário, sendo a ineficiência de hoje fruto de anos e anos de clientelismo e paternalismo político.

Ademais, estabilidade não significa que o servidor não poderá ser demitido, o parágrafo 1º. do artigo 41 da Lei Ápice de 1988 é muito claro quanto a possibilidade de demissão do servidor estável, desde que seja observado o devido processo legal, ou mediante processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Destarte o parágrafo 1º. retro citado só vem a confirmar a regra instituída no artigo 5.º, LV, da Constituição Federal, que dispõe da seguinte forma: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com meios e recursos a ela inerentes". Diante desse preceito constitucional cai por terra a intenção do Governo de pôr fim a estabilidade do servidor público por dois motivos.

O primeiro motivo vem da própria interpretação da norma constitucional em apreço, pois dela se extrai a conclusão de que, independente de ser estável ou não o servidor, seu desligamento do cargo que ocupa por iniciativa da Administração Pública, carece da observância de processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Além do mais, os atos administrativos são passíveis de serem revistos pela via judicial, eis uma garantia do cidadão.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, cita a interpretação de ADÍLSON DALLARI sobre o dispositivo em comento, o qual entende "*que o servidor estável só poderá ser demitido quando incurso em alguma infração para a qual preveja, como sanção, a pena de demissão. Já, os não estáveis, ainda que sem cometerem infração deste gênero, podem ser desligados se, durante o estágio probatório, vierem a revelar inadequação ao cargo. É certo apenas que, em ambos os casos, haverá direito à garantia estabelecida no artigo 5.º, LV*".

O STF firmou entendimento na súmula 21 que "*funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido do cargo, sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade*".

Em segundo lugar, porque a própria Constituição em seu artigo 60, § 4º., IV, proíbe a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, nos quais se insere o artigo 5º., LV, já mencionado, no entanto, a discussão sobre o alcance das cláusulas pétreas será analisado mais adiante,

No momento cumpre revelar, na íntegra, o texto da proposta de emenda constitucional nº 173, a qual sendo aprovada daria ao *caput* do artigo 41 da Constituição federal a seguinte roupagem:

"Artigo 41 - São estáveis após cinco anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargos de provimento efetivo em virtude de Concurso Público, só podendo ocorrer a perda de cargo "

Sem adentrar na ridícula discussão sobre a elasticidade do estágio probatório de dois para cinco anos, como se dois anos não fossem suficientes para se avaliar o desempenho e a adequação do servidor ao cargo, o que é bem "interessante" nesse texto é a restrição da estabilidade aos cargos de provimento efetivo.

Reduzir a estabilidade a estes termos é o mesmo que acabar com ela, pois a referida emenda adiciona ao artigo 41 da Constituição o parágrafo terceiro que afirma que, para ser considerado efetivo, um cargo deverá desenvolver atividade exclusiva do Estado, deixando para Lei Complementar a definição do que seja atividade exclusiva do Estado.

Ora, diante do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, muito pouca coisa poderá ser definida como atividade exclusiva do Estado, pois aquele divide as atividades do Estado em quatro setores, da seguinte forma:

- 1 - Núcleo Estratégico: que corresponderia aos três Poderes do Estado ..
- 2 - Atividades Exclusivas: correspondentes a prestação de serviços públicos que só poderiam ser prestados pelo Estado.
- 3 - Serviços não Exclusivos: setor onde o Estado atua em parceria com a iniciativa privada.
- 4 - Produção de Bens e Serviços para o Mercado: exclusivo de iniciativa privada.

Dentre esta divisão de atividade, só se enquadrariam ao regime de estabilidade as Atividades Exclusivas, assim determinadas por Lei Complementar, embora, diante dos exemplos dados pelo Governo do que não seria atividade típica do Estado, estejam, pasmem, "as Universidades, os Hospitais, os Centros de Pesquisas e os Museus", educação e saúde, portanto. Aí cabe uma pergunta: O que é atividade típica do Estado, então, já que não o são a educação e a saúde?

4 - PODER CONSTITUINTE E PODER REFORMADOR:

Até aqui se falou das pretensões do Governo Federal em alterar a Constituição de 1988, naquilo que, segundo ele, impede a governança do país. Importa agora tratar do poder de imprimir essas reformas e suas limitações, pois, antes de ser objeto de meras divagações acadêmicas, constitui-se esse tema de alto relevo para a construção de uma sociedade democrática.

O poder constituinte é aquele decorrente da instauração de uma nova ordem social fruto de revoluções, rompimentos com a ordem social anterior, ou simplesmente pelo consentimento geral da necessidade de instituir uma nova ordem jus-político-social.

É o poder constituinte ilimitável, pois inova completamente na ordem jurídica, ou nas palavras dos professores CARLOS AYRES BRITTO e VALMIR PONTES FILHO: "*Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária*".

Já o poder de reformar a Constituição encontra limites na própria constituição, que além de vedações explícitas ao alcance reformador (cláusulas pétreas), possui limitações implícitas à reforma. Tais limitações têm sua razão de ser na necessidade de se manter a segurança das relações jurídicas, bem como no sentimento constitucional da nação.

A estabilidade constitucional faz-se necessária para garantir a subsistência do Estado Democrático de Direito, o qual nada mais é do que Estado de Lei, nas palavras de EROS ROBERTO GRAU que, seguindo este raciocínio, afirma que o direito faz parte da realidade social, fenômeno cultural, portanto.

Mais adiante o ilustre jurista assevera que "*cada norma é parte de ""*, *todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer sistema, o todo no qual estão integradas*". Desta assertiva pode-se concluir que a reforma da Constituição deve obedecer à lógica normativa constitucional, não podendo haver emendas destoantes com o todo, com o corpo constitucional.

Outrossim, ao limitar o poder reformador, está o constituinte a prevenir que, a pretexto de reformar, o legislador ordinário acabe por destruir o espírito constitucional. As sábias palavras do professor INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO expressam de forma brilhante os limites à reforma da Constituição: "*Se, como vimos, as Constituições ,levem ser estáveis, impõe-se experimentá-las e não emendá-las de afogadilhos, pois remendo é remendo, mesmo em tecidos constitucionais*".

Por outro lado, a Constituição não pode ficar a mercê das modificações que os governantes acreditam necessárias, antes cabe ao povo, titular do poder constituinte, conforme assevera o parágrafo único do artigo 1.º da Lei Magna Nacional. A este sim competem as reformulações da Constituição. Uma vez modificado o *status quo* social anterior, o povo é soberano para dissolver o pacto constitucional vigente e celebrar um novo.

A rigidez constitucional é fundamental à perenidade das relações jurídicas e à manutenção da democracia, o que, não ocorrendo, pode dar ensejo aos devaneios políticos de algum ditador em estado latente; como bem observou NELSON DE SOUSA SAMPAIO em sua Monografia intitulada *O Poder de Reforma Constitucional: " ... a flexibilidade Estatuto italiano e a fraca rigidez da Constituição de Weimar se podem ser responsabilizadas como causadoras da Revolução Fascista da Nazista, não deixaram de aplinar os caminhos que conduziram ditadura*".

5 - DIREITO ADQUIRIDO E SEGURANÇA JURÍDICA:

É oriundo do direito privado o conceito de direito adquirido, que suas bases na *facta praeterita*, regra do Imperador Teodósio que data ano 440 (d.C.).

A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 6º., parágrafo 2º., que "*consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*".

Como corolário do direito adquirido, eis que surge o princípio de irretroatividade da Lei, pelo qual a Lei nova não alcançará situações pretéritas.

A absorção da teoria do direito adquirido, pelo direito público, se deu de forma lenta, sendo hoje instituída pela Lei Magna e presente na tradição constitucional brasileira, em que as constituições elaboradas pelo poder constituinte originário sempre respeitaram os direitos já incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

O direito adquirido é a mais profunda expressão do princípio de segurança jurídica, o qual tem sede no caput do artigo 5º. da Constituição Federal, e garante a todos a segurança quanto às situações jurídicas já concretizadas, retirando os cidadãos da incerteza da instabilidade jurídica.

Como já foi dito anteriormente, o poder constituinte originário é ilimitável,

não incidindo sobre ele qualquer restrição, não tendo ele qualquer compromisso com as normas constitucionais anteriores. Tal assertiva pode ser exemplificada com as constituições dos Estados que passaram por revoluções socialistas, como Cuba e ex-URSS, onde suas constituições, decorrentes do poder revolucionário, aboliram 8 propriedades privada dos meios de produção e instituíram o Estado Socialista. Não se pode falar, portanto, em direito adquirido em relação ao poder constituinte originário.

Quando se fala em poder reformador da constituição, muda-se o rumo de tal assertiva, pois quanto a este, podem-se opor direitos adquiridos, decorrência lógica das limitações impostas à revisão constitucional pelo próprio poder constituinte originário.

Alguns doutrinadores, no entanto, não distinguem o poder constituinte originário do reformador, quanto a incidência de direitos adquiridos. É o caso de PAULO MODESTO que em estudo intitulado de *Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública*, assim escreveu: "O direito adquirido, por conseguinte, ao contrário do que alguns órgãos de imprensa teimam em dizer, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário ou reformador. É garantia do cidadão (rente ao legislador infraconstitucional, utilizável para impedir a eficácia derogatória da Lei nova em face de situações jurídicas constituídas no passado por Leis Ordinárias ou Leis Complementares".

Sem embargo da douta opinião, igualar o poder constituinte originário ao poder reformador é retirar da Constituição o seu caráter de Lei Maior, Lei das Leis, que para sua criação deve concorrer uma assembleia constituinte, oriunda da vontade popular. Em contrapartida corrobora a doutrina de Paulo Modesto para a vulgarização constitucional, igualando às emendas a tarefa de instituir, de inovar no mundo constitucional, o que seria eleger a via das reformas para se modificar totalmente a Constituição ou nas palavras de CARLOS A AYRES DE BRITTO e VALMIR PONTES FILHO, "se a Constituição recusasse aos direitos por ela mesma conferidos a cota de segurança que decididamente emprestou aos direitos obtidos por Lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos".

6 - ALCANCE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS:

EROS ROBERTO GRAU, brilhantemente, equaciona as contradições inerentes aos ordenamentos jurídicos, direito posto, ao denotar que o direito reflete a correlação de forças entre as diversas forças produtivas da sociedade, sendo, portanto, os paradoxos, ou as aparentes anomalias existentes nos textos legais, nada mais que o reflexo das contradições inerentes à sociedade humana.

Segundo estes ensinamentos, é possível deduzir que qualquer constituição, em que concorreram para sua edição várias forças políticas, será marcada pelas contradições, próprias de uma democracia, por comportar opiniões divergentes e até contrárias entre si.

Não se pode, destarte, a pretexto de dirimir incongruências do texto constitucional, utilizar-se da revisão como mecanismo de adequação de Lei Maior a interesses de grupos ou de indivíduos.

Visando barrar tais investidas ao texto constitucional foi que o constituinte de 1988 ampliou o alcance das denominadas cláusulas pétreas, inseridas no artigo 60, parágrafo 4º. da Carta Constitucional.

"Art. 60. Omissis

Parágrafo 4º. - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado; II - O voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos poderes; IV - os direitos e garantias individuais".

São estas as cláusulas explícitas, sobre as quais não se pode propor emenda constitucional, não obstante existam as cláusulas implícitas, que se depreendem do sistema constitucional.

Das cláusulas acima transcritas, a que mais tem gerado polêmicas doutrinárias é a constante do inciso IV, que para alguns doutrinadores revela o exagero do constituinte ao instituir tema tão abrangente dentro das chamadas cláusulas pétreas.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu trabalho intitulado *Significação e Alcance das Cláusulas Pétreas*, levanta a tese de que os direitos salvaguardados da reforma no inciso IV do parágrafo 4º. do artigo 60 da Constituição, não têm, em sua maioria o status de serem imodificáveis pelo poder constituinte derivado. Vai mais além ao afirmar que a constituição de 1988 foi obra de um poder constituinte derivado (ROA, 202, out./dez de 1995).

Não merece guarida tal entendimento por ser extremamente restrito, *data venia*, pois ao que parece só considera poder constituinte originário, aquele oriundo de revoluções. Ora, se for aplicado esse entendimento ao Constitucionalismo Pátrio, então só terá havido uma constituição fruto de poder constituinte originário no Brasil, a de 1824, as demais seriam meras reformas daquela.

Totalmente descabido esse entendimento, primeiro porque nega a própria História do Brasil; segundo, por fazer uma análise equivocada das conjunturas políticas autorizadas de todos os processos constituintes brasileiros, em especial o de 1988, que, além de ter apaixonado o povo brasileiro, sequioso por mudanças e por participação política, após longo período de abstinência política forçada pela ditadura militar, foi fruto da ruptura, embora pacífica, com a ditadura e marco da instituição do Estado Democrático de Direito.

São, à vista do inciso em epígrafe, insuscetíveis de modificação por via de emenda as disposições contidas no Título II da Carta Política, justificando-se tal imodificabilidade como uma conquista do cidadão brasileiro contra o péssimo hábito dos governantes nacionais em golpear e usurparem os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

7 - INFLAÇÃO CONSTITUCIONAL:

A Constituição de 1988, como fruto de um processo de divórcio de uma fase negra da história nacional, tem como característica a sua grande extensão, sendo englobadas desde matérias que de fato merecem o *status* de constitucionais, até matérias dispensáveis ao texto constitucional.

O excesso de cuidado do constituinte fez nascer uma cultura de que o que não está positivado no texto constitucional inexistente no mundo jurídico, fazendo com que os governantes nacionais se utilizem da Lei Ápice para implementar seus planos de governo, necessitando reformá-la a todo tempo, a pretexto de garantir a governabilidade.

CARNELUTTI denomina essa utilização exacerbada do texto legal, a qual foi transmutada para matéria constitucional, uma vez ser esta Lei, em sentido material, sendo chamado tal fenômeno de "inflação normativa".

A ansiedade governamental por revisão na constituição lembra em filme nacional intitulado "Deu no New York Times", no qual satiriza-se a dependência do Brasil em relação aos Estados Unidos, onde os personagens vivem em função das notícias veiculadas no referido jornal, só tendo validade para eles o que é notícia no "New York Times". Da mesma maneira o Governo Federal diz só poder governar com um projeto de governo, minuciosamente, instituído no texto constitucional.

O país vive assim, em eterna instabilidade jurídica, motivada pelas constantes transformações implementadas na constituição, levando a população a não ter uma identidade com a Lei Máxima do país, o que \lera uma falta de consciência constitucional generalizada.

Por outro lado, ao invés de implementar políticas capazes de moralizar o serviço público, levando-o a uma melhor qualidade na sua prestação, o Governo Federal encobre-se sob o argumento de que nada pode fazer, porque a atual Constituição engessou suas possibilidades de governar.

O professor da Universidade de Brasília, *Inocência Mártires Coelho*, sobre o tema, deduz: *"cumpre extrair da Constituição tudo o que ela permite, ao invés de, a todo instante, modificar-lhe o texto a reboque de interesses meramente circunstanciais"* .

CONCLUSÕES

No Brasil, as garantias populares insertas no texto constitucional têm sido alvos de duras críticas por parte da mídia, a qual sempre assemelha, como diz o professor MÁRCIO CAMMAROSANO, direito adquirido a privilégio, direitos humanos à defesa de marginais, e estabilidade a funcionário público incompetente e preguiçoso. E, nessa esteira, implementar suas reformas do texto constitucional.

Com uma ampla campanha contra os "privilégios" do serviço público, buscase pôr fim ao instituto da estabilidade do servidor público, como se o simples fato de possuir estabilidade toma o servidor relapso e incompetente.

Em verdade, antes de se buscar alternativas para o serviço público, diga-se de passagem, já previstas em Lei, como a avaliação continuada do servidor em período de estágio probatório, cursos de reciclagem e treinamento para os servidores, política de incentivos e produtividade, tal qual já ocorre em alguns setores da administração pública, como na saúde.

Arrumar a casa parece muito difícil ao governo, parece melhor derrubá-la e construí-la novamente. É que dá muito trabalho adequar o serviço público às regras constitucionais, melhor é fazer o contrário.

A inflação constitucional tem sido a tônica dos governos pós-ditadura, no Brasil. Talvez pela falta de hábito com a democracia, todos os presidentes da República desse período, de Sarney ao atual chefe do Executivo, têm tentado adequar a Lei Magna do país às suas necessidades políticas; com isso incham o texto constitucional com matérias supérfluas para aquele texto.

De outro lado, a pretexto de corrigir equívocos no texto constitucional, implementam-se verdadeiras podas à direitos e garantias, duramente conquistadas pelo povo,

ao longo da história nacional. Como se a Lei, ou a Constituição fosse propriedade de um grupo dominante, e não resultado da correlação de forças sociais, como defende EROS ROBERTO GRAU ao afirmar "*que um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas em determinada sociedade.*",19.

Ao tentar suprimir do texto constitucional conquistas dos trabalhadores, está o Governo Federal na contramão da democracia, fazendo da Carta Política Nacional meio depósito de normas, sem significado, sem sentido, pois, ao ferir os princípios basilares do sistema constitucional, tais como a segurança jurídica, a moralidade, o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado, nada mais faz do que rasgar a constituição da República de 1988.

O que mais chama atenção nesse processo de reforma constitucional é o desprezo pelo significado que tem o texto constitucional pelos governantes deste país. A constituição norte-americana, com mais de dois séculos de existência (Constituição Federal dos E.UA de 1787) possui algo em tomo de trinta emendas, enquanto que a constituição brasileira com menos de nove anos de existência já possui mais que o dobro do número de emendas do que a Constituição norte-americana.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado trata a Constituição de 1988 como retrocesso, entrave burocrático, na verdade, tanto o Plano Diretor como a propaganda em tomo da Reforma Constitucional nada mais são do que, estes sim, retrocessos em relação à democracia e a moralidade pública, pois o que para os reformadores de plantão é vício burocrático, como a estabilidade do servidor público, é para todos aqueles que conhecem a constituição e o direito administrativo, necessária à conservação da *res* pública.

O que a proposta de reforma administrativa federal não leva em conta é que as Leis são feitas para durarem, como forma de assegurar a segurança das relações jurídicas. Precipuamente a Constituição deverá atender a esse critério de durabilidade. A proposta de reforma, em análise, trata da coisa pública como se toda a vida política nacional passada e futura não importasse, só vale o hoje fosse estar à frente das instituições políticas. Cabe então trazer à baila a tradução mais perfeita da reforma administrativa: ideologia, para a qual "*só há o presente dos instituições; para elas não há passado, nem haverá qualquer futuro*".

A quebra da estabilidade do servidor público (é assim que se pode chamar a proposta de emenda 173 do artigo 41 da Lei Ápice), além de gerar instabilidade jurídica, por si só condenável, traz à tona a discussão sobre o direito adquirido à estabilidade pelo servidor público, o que, mesmo com a garantia de processo administrativo, é discutível, pois, como lembra SEABRA FAGUNDES, a delicadeza do tema de desfazimento de atos administrativos pela própria administração exige cautela, pois "*a doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não se constituir em elemento perturbador de segurança e da estabilidade nas relações entre o Estado e o indivíduo*".

A garantia constitucional insculpida no artigo 5.º, LV, oblitera é intenção governamental de pôr fim a estabilidade, pois ao garantir a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, o direito é ampla defesa e ao contraditório, faz nascer ao servidor público demitido o direito à via processual administrativa ou jurisdicional, ou ambas, para que se comprove a correção do ato demissional. Ademais o mesmo artigo 5.º, inciso XXXIV, assegura a todos o direito de peticionar aos poderes públicos em defesa de direitos.

Com a reforma proposta, uma vez sendo aprovada, encontrar-se-á duas situações distintas. A primeira delas diz respeito aos servidores que já obtiveram a estabilidade, estes encontram-se protegidos pelo ordenamento jurídico constitucional, por terem já consolidado ao seu patrimônio jurídico o direito à estabilidade, não sendo o poder reformador competente para lhes retirar o direito, já adquirido, à estabilidade.

A segunda situação a ser vista, caso se aprove o texto da PEC 173, diz respeito aos futuros servidores públicos, bem como aos que ainda não terminaram os estágios probatórios; portanto, aos sem estabilidade. A esses, embora explicitamente não ocorra o direito adquirido à estabilidade, ocorre o que se pode denominar de direito adquirido as garantias constitucionais, constantes do art. 5.º, XXXIV e LV, contra investidas administrativas no sentido da demissão.

A Constituição, como norma máxima de um país, não pode estar sujeita a remendos de toda ordem. O poder constituinte reformador é limitado pelo próprio poder constituinte originário, desta feita qualquer modificação no texto constitucional deverá respeitar os limites impostos no próprio texto, sem o que a segurança das relações jurídicas seria mera abstração, sem significado algum.

Não pode servir a Constituição de palco para querelas inúteis, nem debates estéreis sobre a eficiência ou não do serviço público. Tal discussão é tarefa de um projeto de governo e não de norma constitucional, pois como já afirmado no corpo deste trabalho, os mecanismos de controle do serviço público existem e estão à disposição tio', administradores, pois a estabilidade não é a garantia do servidor preguiçoso e relapso. A Lei 8.112/90 estabelece a demissão como pena para estes servidores, sendo desnecessário entulhar o texto constitucional a pretexto de instituir uma administração pública gerencial.

A propósito, a proposta de reforma administrativa do Estado tem como modelo a escola da gerência científica de TAYLOR, criada para dinamizar a administração de empresas, não podendo se adequar à administração pública, pois o cerne da doutrina de TAYLOR é a obtenção de lucros com o máximo de eficiência, voltada sempre ao melhor atendimento dos clientes das empresas. Aí a indagação: os serviços públicos gerenciais, voltados ao cidadão-cliente, excluirão, os que não possuem poder aquisitivo para serem tratados como clientes?

A data de conclusão deste trabalho coincide com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, da proposta de Emenda Constitucional no tocante à estabilidade. Outra grande coincidência é que nesta mesma data, 09 de Julho, comemora-se o levante constitucionalista de 1932, no Estado de São Paulo, o qual tinha como pano de fundo a luta por uma Constituição Democrática.

NOTAS:

1 - GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 91.

2 - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p.27.

3 - MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8.ed., São Paulo: alheiros, 1996, p.85.

4 - IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Palestra: Os direitos dos servidores e a reforma constitucional.

5 - SOUSA FILHO, Alípio de. Modos, mitos e castigos: notas sobre a pena de

morte. São Paulo: Cortez, 1995, p.31.

6 - MOTIA, Carlos Pinto Coelho. O novo servidor público - Regime Jurídico Único. Belo Horizonte: Lê, 1990, p.88.

7 - MELLO, Antônio Bandeira de. Op cit., p.27.

8 - BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Contratação temporária de professor substituto, à luz da Constituição Federal de 1988. Revista Jurídica IN VERBIS, vol. 01, n. 02, UFRN/CCSA.

9 - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, op. cit., p.35.

10 - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 14.ed., São Paulo: RT, 1989, p.374.

11 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta (direitos e deveres), 3.ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p.103.

12 - PONTES FILHO, Valmir & BRITTO, Carlos Ayres. Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais. Revista de Direito Administrativo, n.202, p. 75-6.out/dez, 1995.

13 - GRAU, Eros Roberto. op. cit., p.19.

14 - COELHO, Inocêncio Mártires. Limites da Revisão Constitucional. Revista de Direito Público, n. 100. out/dez, 1991, ano 25, p.66.

15 - SAMPAIO, Nelson de Sousa. O poder de reforma constitucional. 3.ed., Atual., por UADI LÂMEGO BULOS, Salvador: Nova alvorada, 1995, p.6S.

16 - MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública. Revista de Informação Legislativa, n.32 - Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do senado federal, out/dez, 1995, p.7.

17 - PONTES FILHO., Valmir e BRITTO, Canos Ayres. op.cit., p.77.

18 - COELHO, Inocêncio Mártires. op.cit., p.67.

19 - SOUSA FILHO., Alípio. op.cit.,p.70.

20 - MOTTA, Carros Pinto Coelho. op.cit.,p.96. 21 -
Idem Ibidem, p.96.

BIBLIOGRAFIA

01 - CUNHA, Sérgio Sérvulo da, et. ali. Revisão constitucional - Aspectos jurídicos, políticos e éticos. Porto Alegre: Fabris, 1993.

02 _ DANT AS, Ivo. Direito constitucional e instituições políticas. São Paulo. Jalovi, 1986.

03 _ DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. Direito constitucional (instituições de direito público): Tradução de Maria Helena Diniz. Revisão de Ricardo Olívio. São Paulo: RT, 1984.

04 _ GRAU, Eros Roberto. ° direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 1996.

05 _ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

06 _ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo brasileiro. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

07 _ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regime dos servidores da administração direta e indireta (direitos e deveres). 3.ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

08 _ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. A teoria das constituições rígidas. 2.ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

09 _ MOTIA, Canos Pinto Coelho. ° novo servidor público. Regime Jurídico Único. Belo Horizonte: Lê, 1990.

10 _ SAMPAIO, Nelson de Sousa. ° poder de reforma constitucional. 3.ed., revista e atual. por UADI LÂMEGO BULOS. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

11 _ SANTANA, Jair Eduardo. Revisão constitucional: Reforma e Emendas. Belo Horizonte: Dei Rey, 1993.

12 _ SOUSA FILHO, Alípio de. Medos, mitos e castigos: notas sobre a pena de morte. Coleção questões da nossa época, n.46, São Paulo: Cortez, 1995.

13 _ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9.ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

PERIÓDICOS

01 _ COELHO, Inocêncio Mártires. Os limites da revista constitucional. Revista do direito público, n.100, ano 25, out./dez., 1991.

02 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". Revista de direito administrativo. vol. 202, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez, 1995, p.11-17.

03 - HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, 1993, n.1, p.SO-61.

04 - . Permanência e mudança na constituição. Revista de direito administrativo. vol. 188, Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun, 1992, p.14-3S.

05 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A administração pública e a revisão constitucional. Revista de direito administrativo. vol. 187, Rio de Janeiro: Renovar, jan/mar, 1992, p.48-81.

06 - PONTES FILHO, Valmir, BRITTO, Carlos Ayres. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. Revista de direito administrativo. vol. 202, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez, 1995, p.7S-80.

07 - TÁCITO, Caio. Proteção dos direitos fundamentais. Revista de direito administrativo. vol. 194, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez, 1993, p.1-5.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, PELA INDEVIDA INCLUSÃO DE NOMES EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO

Flávia Bezerra

Sumário: 1.- Introdução. 2.- Natureza da responsabilidade civil. 3.- Denúnciação da lide. 4- Danos a serem ressarcidos. 5.- Conclusão

1. - INTRODUÇÃO:

O assunto tratado neste trabalho veio à baila por ocasião de uma pesquisa realizada para aplicação a um caso concreto.

Buscou-se, com o presente artigo, analisar diversos aspectos alvos de divergências no que pertine às conseqüências da indevida inclusão de nomes, por parte de instituição financeira, em cadastros restritivos de crédito, a fim de encontrar a melhor solução para as diversas questões levantadas.

É que, durante a realização da referida pesquisa, chamou atenção o fato de que, com relação ao assunto, existem inúmeras divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, especialmente no tocante à admissibilidade da denúnciação da lide de funcionário de instituição financeira, a quem esta atribui dolo ou culpa pelo fato lesivo.

o estudo principia com a definição da natureza da responsabilidade a que está sujeita a instituição financeira: se objetiva ou subjetiva decorrente de dolo ou culpa.

Ao depois, e em decorrência desta definição, avalia-se a necessidade, ou não, de que seja denunciado à lide, preposto da instituição, possível causador do dano.

Ao final, busca-se verificar a possibilidade da existência de danos morais e danos materiais, a possibilidade de cumulação de uns com os outros, bem como os meios hábeis a prová-los e quantificá-los.

2.- NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

Questão importante e primordial para o presente estudo é a definição da natureza da responsabilidade civil da instituição financeira. É ela objetiva, independente de culpa em sentido amplo por parte de seus prepostos; ou subjetiva, necessitando, pois, da comprovação de dolo ou culpa, para, só então, obrigar-se à reparação do dano causado?

Convém, em primeiro lugar, consignar que se trata de responsabilidade pelo fornecimento de serviços, que, segundo a Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é objetiva. Tal ilação decorre de disposições claras da referida lei, como é o caso do art. 14, que estatui que o *"fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição ou riscos"*.

E para tornar mais claro que tal disposição é aplicável às instituições financeiras, observe-se o parágrafo 2º do art. 3º da mesma lei, que define serviço como *"qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista"*.

Configurado está, portanto, que nosso ordenamento jurídico, em sua Lei de Proteção ao Consumidor, adota a teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, sob a modalidade de risco profissional, aí se inserindo a atividade das instituições financeiras.

3.- DENUNCIAÇÃO DA LIDE:

Definido o tipo de responsabilidade a que estão sujeitas as instituições financeiras, convém analisar a obrigatoriedade, ou não, de ser denunciado à lide, preposto da instituição, suposto causador do dano.

Suponha-se que a indevida inscrição de nome em cadastro restritivo de crédito tenha se dado em decorrência de ato doloso ou culposo cometido por empregado dos quadros da instituição, que, com base nisto, venha a requerer sua denúncia da lide, com fundamento no art. 70, inciso 111, do Código de Processo Civil, que dispõe ser ela obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda, visando, com isto, que, ao final, caso seja condenada, seja-lhe reconhecido o direito de ser indenizada, regressivamente, pelo denunciado.

Cabe aqui, portanto, fazer um estudo acerca deste instituto processual, de modo a analisar o objetivo para o qual foi criado, bem como os benefícios e os malefícios que o seu deferimento trariam ao processo e às partes, para, enfim, opinar acerca da atitude mais correta a ser tomada pelo julgador: se deve acatar ou rejeitar a denúncia da lide.

Como se sabe, a denúncia da lide é um instituto processual posto à disposição da parte (no caso, a instituição financeira), permitindo-lhe chamar ao processo terceiro (denunciado) que com ela mantém vínculo direto, para que, caso o denunciante seja vencido, possa utilizar-se do direito de regresso. Trata-se, pois, de uma outra ação, ajuizada no mesmo processo, na qual o juiz profere uma sentença acerca da responsabilidade do terceiro denunciado, em face do denunciante, caso saia este vencido na demanda.

Pela sistemática do nosso Código de Processo Civil, a denúncia da lide é medida obrigatória nos casos elencados nos incisos I a 111 do art. 70. No entanto, a despeito da letra da lei poder levar a uma interpretação literal, no sentido de que a denúncia da lide é obrigatória em todos os casos em que estiver um terceiro obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda, várias opiniões aquilatadas têm sido manifestadas no sentido de que tal interpretação, em determinados casos, pode levar a um desvirtuamento do instituto, imprimindo-lhe efeito totalmente oposto ao objetivo por ele visado, que é o de homenagear o Princípio da Economia Processual.

Não é, entretanto, uma questão pacífica. Reina, ainda, na jurisprudência e na doutrina, divergências quanto ao alcance do plasmado no art. 70 III, do Ordenamento Processual Civil.

É o que mostra com elevada clareza o Juiz e Professor Edilson Pereira Nobre Júnior, em excelente artigo intitulado "Responsabilidade Civil do Estado e Denúnciação da Lide", publicado na Revista CEJRN Centro de Estudos Jurídicos JF/RN, V. 1., n.1, jul/dez, 1994, Natal-RN. Tal artigo não trata especificamente da responsabilidade civil das instituições financeiras, mas suas observações podem perfeitamente ser aplicadas ao estudo ora desenvolvido uma vez que a responsabilidade do prestador de serviços, segundo o Código de Defesa do Consumidor, assim como a responsabilidade civil do Estado é objetiva. O ínclito juiz federal assim sumaria as posições defendidas pelos doutrinadores patrióticos:

a) Hely Lopes Meirelles: "Este doutrinador era categórico em negar tal possibilidade ao Poder Público. Advogava a tese de que os fundamentos das pretensões do particular frente ao Estado, e deste com relação ao agente causador do dano, são diversos,

pois enquanto o primeiro deles repousa na responsabilidade objetiva, o segundo centra-se na exigência de culpa lato sensu" (fls. 56).

b)Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "... pelo cabimento irrestrito da denunciação. (...) a ação regressiva fora instituída em favor do Poder Público, ficando com este a opção soberana de suprimi-la pela denunciação, de modo a abreviar a fixação da responsabilidade do seu servidor pelo que pagou ao indivíduo." (fls. 56/57). Este é também o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello - embora depois tenha mudado de opinião - Carlos Mário da Silva Velloso e Humberto Theodoro Júnior.

c)Yussef Said Cahali: "... admite a denunciação da lide desde que o particular, ao ingressar em juízo contra a Administração, tenha imputado comportamento culposo a agente desta." (fls. 57/58). Comungam com esse pensamento Arruda Alvim e Maria Sylvia Zanella di Pietro.

Percebe-se, pelo resumo exposto, que, no aspecto dogmático, tem-se admitido a utilização, por parte da Administração, do instrumento da denunciação à lide, quando a parte autora invocar ato de servidor público eivado de culpa em sentido lato, ou seja, de dolo ou de culpa.

O Doutor Edilson Pereira Nobre Júnior, no entanto, em seu vigoroso e esclarecedor escrito, ataca esse entendimento, concebendo que, a despeito da expressão 'obrigatória' empregada pelo citado artigo, " ... a obrigatoriedade da sua realização, pena de perda do direito de regresso, deflui de previsão expressa da lei substantiva, sendo restrita à hipótese do art. 70 I do CPC, relativa à evicção, em face do conteúdo do art. 1.116 do Código Civil."

Entende ainda que:

" ... ainda que a ação do particular se esteie em culpa do funcionário, a irresignação da Administração Pública contra suposta decisão indeferitória de denunciação à lide não terá o condão de provocar a nulidade do processo. É que o nosso sistema processual guiado pelo aforismo pas de nulité sans grief (art. 249, §§ 10 e 2º, do CPC), é infenso à declaração de nulidade sem que o ato tenha prejudicado qualquer das partes. É justamente o que se verifica na situação descrita, dado o predomínio, na atualidade, do sentimento doutrinal e pretoriano de a denunciação da lide, fundada no art. 70, 111, do CPC, não mais ser obrigatória, de sorte a nenhum prejuízo trazer ao Estado, vez que este não tem suprimido o direito à ação regressiva. " (fls. 60).

E, ao final, conclui, exaltando o Princípio da Celeridade Processual:

"A despeito de ponderação pragmática, construída a partir da pressuposição de o art. 37, §6º da Norma Ápice, recomendar ampla e expedita reparação ao prejudicado pelo comportamento, jurídico ou não, da postedade estatal, toma inconciliável a denunciação à lide em casos que tais, pena de se delongar a satisfação do direito do cidadão, preocupação-mor do Constituinte".

Não há como negar razão ao preclaro juiz federal. Sua posição, é, sem dúvida,

a melhor, uma vez que a permissibilidade de denunciação à lide, em casos de responsabilidade objetiva, colide frontalmente com os princípios da celeridade e economia processuais, além de não se apresentar como elemento imprescindível para resguardar o direito de regresso.

Ora, se nenhum prejuízo o indeferimento da denunciação da lide traz ao denunciante, uma vez que este não tem suprimido o direito à ação regressiva, e se o seu deferimento gera a delongação do direito do autor, prejudicando a celeridade do processo, por acarretar empecilho ao seu desenvolvimento, não deverá ela ser admitida como obrigatória. Pelo contrário: às mais das vezes, deverá ser indeferida pelo juiz, em prol do princípio da celeridade processual.

Não deve, portanto, ser admitida a denunciação da lide em casos que tais, visto que os fundamentos das pretensões aduzidas frente à denunciante, e desta com relação a seu preposto causador do dano, são diversos, repousando o primeiro na responsabilidade objetiva do prestador de serviço defeituoso e o segundo, na existência de culpa ou dolo. Admiti-la seria delongar a satisfação do direito da vítima, que não depende da verificação da ocorrência de dolo ou culpa por parte de preposto da instituição financeira. Além do que, não obstante o indeferimento do pedido de denunciação da lide, para fazer valer seu direito de regresso perante seu funcionário, poderá a instituição prosseguir contra ele, nos mesmos autos, ou, se o preferir, poderá exercer tal direito em ação própria. Somente se poderia falar em perda do direito de regresso se assim fosse estabelecido, contratualmente ou por lei expressa a respeito.

Quanto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem ele, em posições recentes, denotado simpatia pela tese de que compete ao juiz, na direção do processo, sentir a razoabilidade da admissão da denunciação da lide, especialmente quando ela não é imprescindível para resguardar o direito à ação regressiva.

Assim é que o Ministro Barros Monteiro, em julgamento do Recurso Especial 2967/90 - RJ, publicado no Diário de Justiça da União em 02/18/91, à pág. 01042, proferiu voto, acatado por unanimidade, no qual dispôs que a denunciação da lide deve ser admitida quando o denunciado esteja obrigado, por força de lei ou contrato, a garantir o resultado da demanda, caso o denunciante resulte vencido, vedada a intromissão de fundamento novo não constante da ação Originária: Na hipótese em apreço, o direito de regresso postulado pelo denunciante decorre de regra de responsabilidade civil geral, fundada em culpa em sentido amplo, que depende, inclusive, de prova, o que traduz fundamento novo e completamente diverso do que dá sustentação à demanda principal, que baseia-se na culpa Objetiva.

No mesmo sentido, o Ministro Athos Carneiro, relator do Recurso Especial 8698/91 - SP, publicado no Diário de Justiça da União de 09/02/91, à pág. 11815, cujo voto, também acolhido por unanimidade, continha o seguinte trecho:

"Denunciação da lide ao motorista culpado pelo acidente, em princípio, pode ser feita (CPC, art. 70, III); mas se indeferida, ficará resguardado o direito de regresso em ação autônoma. A anulação de todo o processo, desde a audiência, iria contra o princípio da economia processual, que a denunciação da lide, máxime nos casos de 'garantia imprópria', busca resguardar".

O mesmo Ministro, no Recurso Especial 9876/91 - SP, publicado no Diário de Justiça da União de 08/12/91, à pág. 10559, proferiu voto aprovado por unanimidade onde

manifestou entendimento no sentido de Que, a despeito de "*admitida exegese ampla ao disposto no artigo 70, 11/, do CPC, não está obrigado o magistrado a admitir sucessivas denúncias da lide, devendo indeferi-las (certamente que com resguardo de posterior 'ação direta?', naqueles casos em que possa ocorrer demasiada demora no andamento do feito com manifesto prejuízo à parte autora*".

Theotonio Negrão, (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 126), na nota 11 a, ao artigo 70, transcreve a seguinte decisão: "*Na denúncia da lide, ação incidental, os fundamentos das demandas devem ser os mesmos. Cumpre, porém, atender à finalidade do instituto, isto é, à celeridade processual*" (RST J 14/11440).

Ora, diante do exposto, fica claro que a admissão da denúncia da lide, onde discutir-se-ia culpa ou dolo, em demandas amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de responsabilidade objetiva, em que não cabe discussão acerca destas questões, estreme de dúvidas, acarretaria entrave à solução mais rápida do litígio, pois ensejaria controvérsia paralela entre a denunciante e a denunciada, o que em nada interessa à parte autora, servindo apenas para dilatar a contenda. Isso porque a denúncia da lide, repita-se, manifesta-se como espécie de ação incidental ofertada dentro do processo principal, em que o denunciante propõe contra terceiro pretensão de regresso, na hipótese de vir a perder a demanda em que figura como réu.

Quanto às aquilatadas opiniões de boa parte dos juristas nacionais, no sentido de ser obrigatória a denúncia à lide do preposto, sob pena de perda do direito de regresso, em função de, no ordenamento pátrio, tratar-se a responsabilidade do Estado ou do fornecedor/prestador de serviços, não de uma responsabilidade objetiva integral, mas baseada respectivamente nos riscos administrativo e profissional, onde cabe a apreciação de culpa exclusiva ou recíproca da vítima do ato em função do qual se busca indenização, a fim de que, respectivamente, sejam-lhes excluídas ou diminuídas as responsabilidades, ousou discordar. É que na ação incidental da denúncia da lide busca-se verificar culpa em sentido amplo do preposto, e não da vítima. O fato, portanto, de não ser admitida, não impede a alegação e conseqüente verificação pelo magistrado, de se houve culpa recíproca ou exclusiva da vítima, para, em caso positivo, determinar a respectiva diminuição ou exclusão da responsabilidade do Estado ou do fornecedor/prestador de serviços. Assim sendo, a não denúncia da lide, em casos que tais, não tem o condão de inadmitir a ação de regresso. Ao contrário, repita-se, apenas teria o maléfico efeito de delongar a satisfação do direito de indenização da vítima. Poderia até ser admitida a presença do preposto como assistente, uma vez que tem ele interesse na solução do litígio, mas não a sua denúncia à lide, uma vez que a apreciação da existência de culpa ou dolo de sua parte em nada interessa para a solução da ação principal.

Diante dessas considerações, toma-se óbvio que o juiz, na qualidade de dirigente do processo, pode, e até deve, com suporte nos princípios de economia e celeridade processuais, indeferir a denúncia à lide de preposto, feita pela instituição financeira, máxime se nenhum prejuízo a esta traz.

4.- DANOS A SEREM RESSARCIDOS:

Quanto à verificação dos danos que a instituição está sujeita a reparar, questiona-se: seriam somente os patrimoniais, somente os morais, ou ambos? Em qualquer caso, como se daria a comprovação destes danos, e como se estimar o *quantum* devido?

Não há qualquer dúvida de que, por uma questão de justiça, todos os danos

sofridos devem ser indenizados pelo responsável. O fato de ter havido dano material não elide a possibilidade da existência de dano moral e vice versa. Assim sendo, comprovada a ocorrência de ambos, fará jus o lesado às indenizações, cumulativamente. Aliás, a indenização por danos morais é garantia fundamental do indivíduo, assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X.

Como então comprová-los e quantificá-los?

No que diz respeito aos danos morais, basta, para a sua caracterização, que o nome da vítima tenha sido indevidamente incluído em cadastro restritivo de crédito, o que é de fácil comprovação. Ou seja, os danos morais são presumidos a partir da própria ofensa. Trata-se, segundo a maioria dos autores, do abalo de crédito, puro e simples, sem repercussão no patrimônio da vítima, que é o pressuposto do dano moral que dele se presume. Assim sendo, a caracterização dos danos morais independe da demonstração de prejuízo: é suficiente que se comprove que existiu o ato gravoso à honra da vítima para que se o presuma.

Além do que, como já foi dito, nas relações de consumo a responsabilidade do causador do dano é objetiva, ou seja, independe da apuração da ocorrência de dolo ou culpa por parte deste ou preposto seu. Assim sendo, deve-se apenas perquirir acerca do nexo de causalidade entre a ação da instituição financeira e o evento danoso. Evidenciado o nexo, nada mais se exige para que o agravado tenha assegurado o direito de ser indenizado.

A jurisprudência está repleta de decisões neste sentido:

Em julgamento da Apelação 36.177/95 pela Quarta Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a relatora, Des. Carmelita Brasil manifestou-se no sentido de que o dano "*simplesmente moral existe pela ofensa e dela é presumido. Basta a ofensa para justificar a indenização*" (Revista dos Tribunais - Nº 733 - novembro/1996 - pág. 297).

Nesta mesma linha de pensamento, o Mestre Antônio Carlos Amaral Leão, em artigo no qual consignou a seguinte definição de Amold Wald:

"O mau funcionamento dos serviços bancários obriga a instituição financeira a ressarcir os prejuízos causados aos seus clientes" e "o banqueiro responde por dolo e culpa, inclusive leve, e até pelo risco profissional assumido de acordo com a jurisprudência do STF". (Revista dos Tribunais, vol. 689 -março de 1993, pág. 11).

No que diz respeito à fixação do valor da indenização por danos morais, importa, antes de mais nada, consignar o que Rui Stoco define como sendo o direito à honra:

"O direito à honra, como todos sabem, se traduz juridicamente em larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana: o bom nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 492).

Como se vê, a honra não é algo mensurável. Assim sendo, toma-se bastante difícil quantificar a indenização por danos morais sofridos pela vítima. Sobre o assunto, entende Clóvis do Couto e Silva que:

"Para dar efetiva aplicação ao preceito, pode ser utilizada a regra exposta pelo art. 1553 do Código Civil, segundo o qual, 'nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização'.

Esta disposição permite a indenização dos danos morais e constitui uma cláusula geral dessa matéria" (O Conceito de Dano no Direito Brasileiro Comandado, Revista dos Tribunais 667/7). "

Tal arbitragem, evidentemente, deve ser feita prudentemente pelo julgador, de forma a que não se transforme, a indenização, em fonte de enriquecimento da vítima nem seja ínfimo ou simbólico.

E assim se tem decidido, como é o caso do julgamento da apelação na qual funcionou como relator o insigne Juiz Campos Mello (STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 492). Eis a ementa do julgado:

"INDENIZAÇÃO - Responsabilidade Civil - Ato ilícito _ Dano moral - Concretização da ofensa a um direito, apesar da inocorrência de prejuízo material - Recurso provido para esse fim.

Hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório, em relação à vítima (cf. Caio Mário da Silva Pereira, 'Responsabilidade Civil', Ed. Forense, 1989, p. 67). Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CR, art. 5º V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva" (I'JSP - 7ª C. - Ap. _ Rel. Campos Mello - j. 30.10.1991 -RJTJESP 137/187).

Deverá, pois, o juiz, determinar o valor da indenização, segundo seu prudente arbítrio. Wilson Meio da Silva, visando facilitar tal arbitragem, estabelece algumas regras orientadoras da fixação do valor da reparação, quais sejam:

" 1ª regra: que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio; 2ª regra: equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um caso ou equivalência, tendo em vista: I - curva de sensibilidade: a) em relação à pessoa que reclama a indenização; b) em relação ao nível comum, sobre o que possa produzir, numa pessoa normal, tal ou qual incidente; c) grau de educação da vítima; d) seus princípios religiosos; II - influência do meio, considerando: a) repercussão pública; b) posição social da vítima do dano; 3ª regra: considerar-se a espécie do fato: se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal, 4ª regra: que a extensão da repercussão seja em triplo à repercussão da notícia de que resultou o

dano" (O Dano Moral e sua Reparação, Tese, FDUFG, 1949, p. 171 - RT 734/468)

No que atine aos danos materiais, que podem ocorrer na forma de danos emergentes e lucros cessantes, diferentemente dos danos morais, que se presumem a partir da agressão, devem eles ser comprovados, demonstrando-se exatamente o desfalque sofrido no patrimônio do ofendido, para que possam ser indenizados por aquele que os causou. Ausente a comprovação, indevida a indenização por danos patrimoniais. Ora, é evidente que se faz absolutamente necessário que tenham sido eles efetivamente suportados pela vítima, devendo, por conseqüência, ser devidamente comprovados. Saliente-se que casos há em que a comprovação somente poderá ocorrer por meio de provas documentais. Neste caso, via de regra, a prova testemunhal não as poderá suprir, em prol da segurança do direito. Até mesmo a suplementação da prova documental, por meio da testemunhal, caso admitida pelo julgador, deverá ser por ele analisada com bastante cautela.

Quanto ao dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a inversão do ônus da prova, fazendo-o recair sobre o fornecedor do serviço, tendo em vista a presunção de que o consumidor é economicamente mais fraco na relação de consumo, deverá ele ser corretamente interpretado, a fim de evitar distorções. É que, em inúmeros casos, o fornecedor tem mais facilidade de acesso a certas informações, as quais são, as mais das vezes, monopólio seu. Nestes casos, evidentemente, não seria justo impor o ônus da prova à vítima, que nem acesso tem às informações. Entretanto, quando se tratar de informações, sobre as quais a instituição financeira não detém monopólio, nem lhe é mais fácil conseguir, logicamente que a inversão do ônus da prova não deverá ocorrer, máxime quando nenhum acesso tem a elas.

O *quantum* da indenização por danos patrimoniais, evidentemente, será o dos prejuízos (danos emergentes e lucro cessante) efetivamente suportados pela vítima.

5.- CONCLUSÃO:

A responsabilidade civil da instituição financeira, pela indevida inclusão de nomes em cadastros restritivos de crédito, é objetiva, em função do disposto no Código de Defesa do Consumidor, e baseia-se no risco profissional. Assim sendo, verificando-se a existência do nexo de causalidade entre o evento - abalo de crédito da vítima - e a conduta da instituição financeira - inclusão indevida de seu nome em referidos cadastros - deverá esta ser condenada a arcar com indenização pelos danos decorrentes, sejam eles morais (que se presumem a partir do ato lesivo e são quantificados por arbitragem), sejam eles patrimoniais (que devem ser devidamente comprovados e são quantificados pelo valor dos danos efetivamente suportados), admitida a cumulatividade, se restar caracterizado que a vítima suportou ambos. Apenas se admite a exclusão ou diminuição desta responsabilidade se houver, respectivamente, culpa exclusiva ou recíproca por parte da vítima do ato lesivo.

No caso, a denúncia da lide de preposto da instituição, a quem esta atribua culpa ou dolo pelo fato, se não deve ser sempre e imediatamente rejeitada pelo magistrado, ao menos deve ser vista com reservas, sob pena de desnaturar o instituto, que visa à celeridade processual. Isto porque são diversos os fundamentos das responsabilidades: na ação principal,

do fornecedor de serviços em relação ao particular, a simples causação do dano (responsabilidade objetiva); na denunciação da lide, do funcionário em relação ao fornecedor de serviços, a culpa subjetiva. Admitir, em tal caso, a denunciação da lide, seria embaraçar, inutilmente, a pretensão dos autores, cujo êxito independe da prova de culpa do funcionário a quem se denuncia à lide, bastando a culpa impessoal do prestador de serviços.

CONTRATOS COLIGADOS POR DEPENDÊNCIA RECÍPROCA E UNILATERAL

Rodrigo Fonseca Alves de Andrade
Acadêmico do 1º Período do Curso de Direito da UFRN

1. INTRODUÇÃO

Tema de insofismável significação, presença assídua no mundo dos negócios, o fenômeno da coligação dos contratos não tem, todavia, recebido proporcional destaque, seja em sede doutrinária, seja no leito da jurisprudência, o que se revela na confusão terminológica reinante na matéria, quando não em decisões desacertadas.

Daí porque a união dos contratos ainda não teve esquadrihados em definitivo os seus contornos, não estando ainda tampouco fincados os seus efeitos. Desta sorte, a falta de disciplina pela Lei, aliada à multiplicação de sistematizações propostas, sempre dos clássicos, em que pese a indubitável ascendência da doutrina de ENNECCERUS sobre as demais, fazem com que a coligação de contratos seja tema prestado a incertezas, que escorrem da aplicabilidade do instituto a sua confusão com figuras afins.

Tendo isto em mente é que principiaremos por delimitar as fronteiras da coligação dos contratos, buscando sempre o contraste com institutos vizinhos, exame este indispensável ao trato de sua sistematização, e à perquirição dos seus efeitos.

De ser sublinhado ainda que o presente bosquejo visa a traçar apenas os pontos cardeais do objeto de estudo, de forma que se possa contribuir para a superação do ostracismo, não sem prejuízo para a circulação de riquezas, em que o instituto se encontra, e na esperança de que autor de escol, em obra de fôlego, possa desvendar-lhe os pormenores.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito, distinção de institutos afins e aplicabilidade da coligação de contratos em nosso ordenamento jurídico

Impende de logo analisar os elementos caracterizadores da categoria da união de contratos, ou seja, dos contratos coligados. Por primeiro se acentue que a coligação de contratos se insere no contexto da pluralidade de contratos. Afastada assim a hipótese de haver coligação, quando de apenas um contrato se tratar. Por outro lado, e este é o derradeiro elemento a informar o instituto jurídico, tais contratos devem apresentar unidade econômica, ou seja, devem estar atados pela vontade das partes, que deles se valem objetivando uma mesma função no plano econômico. Do exposto se deduz que os contratos coligados são queridos como um todo, muito embora os contratos que o formem não percam sua individualidade.

Nítido é, portanto, que os contratos coligados não são modalidade dos contratos inominados, ou atípicos como prefere a doutrina teutônica, porquanto podem muito bem os contratos enlaçados estarem regulados em Lei, sendo-lhes aplicáveis perfeitamente as disposições do tipo previstas no ordenamento jurídico.

Com o contrato misto os coligados também não se baralham. O ponto fulcral a distingui-los reside na constatação de que naquele há um só e único contrato que, ao combinar elementos de dois ou mais contratos, ganha individualidade própria, enquanto nestes há pelo menos dois contratos, cujo amplexo está em terem uma mesma função econômica.

Neste tom, misto é o contrato de locação de caixa forte, por combinar elementos do contrato de locação com o de depósito, formando uma outra figura contratual, conforme faz notar ARNOLDO WALD (apud AZEVEDO). Ao revés, hipótese de união de contratos é a do conglomerado automobilístico que, almejando a otimização de sua empresa, arrenda fábrica de peças, mas, além disto, celebra contrato pelo qual as peças têm que ser fornecidas por determinado preço. Aqui se tem dois contratos - o de arrendamento e o de fornecimento de peças - que guardam sua individualidade, inobstantemente estarem atados pela Junção que as partes lhes deram, o que terá profundas implicações, como alhures será investigado.

Cumpra apenas sublinhar que nem sempre o espectro fático permite a estrema tão nítida dos fenômenos, de sorte que árdua pode ser a interpretação para que se saiba se a moldura mais cabe aos quadrantes dos contratos coligados ou aos do contrato misto. Neste ponto, preciso é o professor FRANCESCO MESSINEO:

"Debe reconorcese, no obstante, que no siempre los casos concretos se presentan con la nitidez suficiente como para permitir aclarar facilmente si se trata de unidad o de pluralidad de contratos; y deberá intervenir la actividad dei intérprete, si la voluntad de las partes no ayuda con sus determinaciones" (MESSINEO, p.392).

Destarte, a vontade dos contratantes deve ser desfiada pelo intérprete, de forma que a uma ou outra categoria há de apontar. Se a vontade contratual é o critério decisivo para determinação do tratamento jurídico a ser dado à espécie, a causa, como elemento típico individualizante do contrato, pode configurar-se como precioso norte, porquanto se única, diante de contrato misto é que se está, e se plúrima, ainda que unida pela função econômica dada pelas partes aos contratos, avistada é a coligação dos contratos. Esta é a atilada lição do Professor italiano:

"El critério ai que se debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio, es - como se sostiene, después de las discusiones a este respecto -, el de la causa, considerada como elemento típico que individualiza ai contrato: y es un critério simple, porque donde haya una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde haya pluralidad de causas, habrá pluralidad de contratos(. ..)" (idem, p.393).

Ademais, nos contratos coligados não há problema algum em se saber a norma a ser aplicada ao contrato, posto que cada um é regido pela disciplina que lhe é específica. Ao contrário, no contrato misto a disciplina jurídica é objeto de ferrenho embate, avolumando-se as correntes doutrinárias que tratam do tema, sem que ainda tenha uma tese conseguido, conforme noticia MÁRIO BARBOSA, se amoldar com perfeição à pletora do mundo dos contratos. Seria o caso, por exemplo, de se saber qual seria a norma que se deve aplicar ao

contrato locação de caixa forte, se a da locação, a do depósito, ou aplicação intermediária conforme a corrente perfilhada. Nos contratos coligados, como na hipótese dos exemplificados neste opúsculo, a problemática não se põe, visto que ao contrato de arrendamento, aplicam-se as normas que lhe regem, o mesmo ocorrendo com o contrato de fornecimento.

Cimentada a distinção para com o contrato misto, cumpre-nos agora perquirir acerca da união de contratos em face de nosso ordenamento jurídico. É que a ojeriza que a doutrina e a jurisprudência dedicam à categoria pode fazer crer que a coligação não encontra amparo em nosso país.

Às canhas desta crença, pensamos que a coligação de contratos aqui recebe proteção, assim como se constitui em valioso instrumento para a circulação das riquezas. A uma porque encontra espeque na autonomia privada e na liberdade contratual. Desde que as partes amarraram os contratos pelo seu fim econômico, e tal não atenta contra a ordem pública ou os bons costumes, ao regime da coligação devem os mesmos se sujeitarem. A outra em decorrência do próprio equilíbrio contratual. Deste modo, o vício de um contrato deve contaminar o outro, como adiante veremos, em nome da harmonia contratual, posto que, em assim não sendo, não raro, a gangorra penderá para um lado.

De ser investigada ainda se a vontade das partes deve vir expressa para que se configure a união dos contratos. Antolha-se-nos que tal não é necessário. Em assim sendo poderíamos ter coligação de contratos não só quando as partes expressamente pactuarem, como também quando das declarações das mesmas se puder bispar os seus elementos. Isto sempre tendo em mente o princípio de hermenêutica consagrado em nosso Código Civil, pelo qual atender-se-á mais a intenção que a linguagem literal (CC, art.8S). Daí porque também cogitável a hipótese de que as partes pactuem a coligação, e o juiz na desavença não a entenda aplicável, porquanto a cláusula seja tão somente uma imposição da parte mais forte. Isto porque se a vontade das partes deve presidir a relação contratual, alçada a qualidade de monarca absoluta a mesma não é.

2.2 Da classificação e dos efeitos da coligação de contratos

Importa agora destrinchar a classificação da união de contratos, a partir da qual serão buscados os seus efeitos. Em face da propagação de sistemáticas, tomaremos como base aquela proposta por ENNECCERUS, a um só tempo clara e de larga difusão. Neste passo teríamos contratos coligados por união meramente externa, por dependência recíproca ou unilateral, e por união alternativa.

Cumprido de logo pôr em foco que somente os contratos unidos por dependência é que estão sujeitos a regime jurídico distinto, daí porque a eles se volta este trabalho, sendo nos demais a união apenas aparente, não convivendo jamais os contratos, ou não repercutindo um no outro.

A coligação seria meramente externa na hipótese de os contratos estarem unidos tão somente pelo instrumento em que se formalizaram, sem guardarem entre si qualquer interdependência. Por evidente que tal coligação é apenas aparente - não visam os contratos a uma mesma função econômica -, e que em nada se altera o regime jurídico destes contratos. Significativo é o exemplo de ENNECCERUS, pelo qual se compra um relógio e se estipula, ao mesmo tempo, a reparação (retribuída) de outro (apud CARVALHO SANTOS).

A coligação pode ainda se apresentar sob a forma alternativa. Nesta feição os contratos não convivem, posto que a depender de uma condição falece um ou outro. Mesmo que olhado de relance, já se pode perceber que tal união também não é expressiva, não existindo ambos os contratos concomitantemente, como no caso em que alguém compre

determinado imóvel se passar em concurso, ou, em caso contrário, alugue-o por seis meses para terminar seus estudos. Elucidativas são as palavras de ORLANDO GOMES:

"Dois contratos são previstos para que se subsista um ou outro; realizada determinada condição, um exclui o outro, quando a condição se verifica. Embora unidos, não se completam, como na união com dependência, antes se excluem" (GOMES, p.104).

Impende que agora se analise os contratos unidos por dependência. São eles o verdadeiro objeto deste trabalho, porquanto só a eles é que se há de aplicar o regime jurídico da coligação de contratos, e só neles é que se observa a contemporaneidade. Daí porque BETTI os destaca em sua sistemática como contratos de concurso:

"Qualifica-se de concurso uma relação de síntese e contemporaneidade ideal entre dois ou mais negócios que cooperam para obter o mesmo resultado econômico-social. " (BETTI, p.184).

Ocorre a dependência unilateral quando um dos contratos depende do outro, não sendo a recíproca verdadeira. Ou seja, a terna no principal atinge o acessório, sem que a mácula deste afete aquele. Presente assim uma relação de subordinação entre os contratos. Nada além, portanto, do que uma aplicação da regra de que o acessório segue a sorte do principal.

A coligação será por dependência recíproca quando os contratos forem queridos como um todo, repercutindo a dissolução de um no outro. Como já foi pisado e repisado, ainda aqui os contratos continuam a ser disciplinados pelas normas do seu tipo contratual.

Por outro lado, constatada a dependência recíproca, marcados a ferro e fogo pelo regime da coligação fitam os contratos. Isto porque os efeitos da reciprocidade de dependência implicam fulcralmente em que a extinção pela forma anormal de um contrato desenganará o outro. As relações jurídicas são queridas, como um todo, sustentadas que são pelo menos por duas escoras, de forma que se um dos contratos é extinto por invalidade ou dissolução, o outro não pode sobreviver, pois provocaria um desequilíbrio. Nulidade e resolução portanto trespagam um contrato ferindo ao outro.

É solução cuja equidade fica clara ao se observar o exemplo da categoria ofertado por ENNECCERUS, em que a interdependência econômica dos contratos avulta:

"Como exemplo de dependência recíproca entre contratos, tem-se a hipótese de arrendamento de uma fábrica por 3.000 marcos anuais, convencionando-se que o locador fornecerá energia para o funcionamento das máquinas por 2.000 marcos anuais, ou a hipótese de ser arrendada uma cervejaria e vender-se a cerveja necessária a um preço determinado. " (apud CARVALHO SANTOS, p.31).

Tal repercussão também pode ser colhida na assertiva de ARAKEN DE ASSIS, em obra acerca do instituto resolutório, ainda que o renomado mestre gaúcho não chegue expressamente a se referir à coligação de contratos, e a sua interdependência econômica, voltado que estava à interdependência de prestações em um só contrato: "Logo, a

extensão do instituto não equivale à do contrato bilateral, e, sim, à da reciprocidade prestacional." (ASSIS, p.21).

Por derradeiro, de ser examinada a conseqüência do inadimplemento de um dos contratos no que concerne à cláusula penal compensatória prevista em ambos os contratos. Pensamos que deve ser aplicada apenas a multa prevista no contrato descumprido, ao argumento de que o outro poderia ser prestado, mas só não é em decorrência da vontade das partes e do desequilíbrio que acarretaria. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, sob a égide do regime constitucional pretérito, já decidiu com atino (criticável apenas se falar em acessoriedade quando a dependência é recíproca): "*Contrato de promessa de compra e venda mercantil ligado a contrato inominado (dito de comodato)*".

Coligação de contratos, em que o primeiro é o principal, e o segundo acessório. Coligação, todavia, que, em face da finalidade econômica dos contratos, se configura como coligação com dependência bilateral, segundo a classificação de contratos coligados de ENNECCERUS.

Em tais casos, quando o inadimplemento diz respeito à finalidade econômica dessa coligação, aplica-se, apenas, a cláusula penal do contrato principal, ou seja, do de promessa de compra e venda mercantil.

A cláusula penal do contrato acessório só poderia ser aplicada se, também, tivesse sido descumprida uma de suas obrigações específicas e, portanto, desvinculadas do inadimplemento da função econômica da coligação-, como, a título exemplificativo, a recusa de restituição dos equipamentos dados em empréstimo.

Recurso extraordinário conhecido, e provido em parte." (Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, V.U., Relator Ministro MOREIRA ALVES, RE n.o 87.629-BA, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 88:310).

Assim, tem-se que a dissolução de um dos contratos vai atingir o outro, que eventuais perdas e danos, visto que visam elas a reequilibrar a situação jurídica dos contratantes, devem ser consideradas em função da união econômica existente entre os contratos, mas que a cláusula penal exigível só é a do contrato descumprido.

CONCLUSÃO

Em remate ao que foi propugnado neste bosquejo cumpre salientar a relevância que a coligação de contratos tem no mundo contemporâneo. É categoria propensa a facilitar a circulação das riquezas, com equidade, e em de virtude de tal, instrumento de utilização freqüente. Daí porque urge que doutrina e jurisprudência se debrucem sobre o instituto. Só assim é que suas bases serão firmadas e sua aplicação difundida.

Portanto, procuramos demonstrar aqui a autonomia do instituto, demarcando seus lindes e extremando-o de figuras afins, como o contrato misto e os contratos atípicos. Concluimos ainda que o instituto encontra respaldo na autonomia da vontade e no próprio equilíbrio que deve ser a regra nas relações contratuais.

Deste modo, inferimos ainda a sistemática da união de contratos, em conformidade com a festejada classificação de ENNECCERUS, demonstrando que a união meramente externa e a união alternativa não provocam maiores digressões, visto que não repercutem na dinâmica contratual, ou por ser a coligação aparente, ou por não haver concomitância entre os contratos.

Neste tom, avulta a união por dependência unilateral, em que há uma relação de subordinação entre os contratos, repercutindo o principal no acessório, não sendo o inverso verdadeiro, e aquela por dependência recíproca, que fica marcada a ferro e fogo pelo regime da coligação, e cujo principal efeito consiste em que a extinção anormal de qualquer dos contratos há de atingir o outro.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Contrato - Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 2 00. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos Inominados ou Atípicos. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977

BARBOSA, Mário Figueiredo. Contratos Atípicos, *in: Revista Ciência Jurídica*, (44), 1992.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

CARVALHO SANTOS, J.M .. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XV. 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

GOMES, *Cr/ando. Contratos*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPARAÇÃO

Thiago Pereira Pinheiro

Acadêmico do Curso de Direito da UFRN - 7º período noturno

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO - II. RESPONSABILIDADE CIVIL - III. DANO AMBIENTAL - IV. DANO PATRIMONIAL - V. DANO MORAL - VI. CONCLUSÃO - BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUÇÃO

De acordo com o Programa Nacional de Direitos Humanos, do Governo Fernando Henrique Cardoso,

"Direitos humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, portadores de deficiência, populações de fronteiras, estrangeiros emigrantes, refugiados, portadores de HIV, crianças e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que tem acesso à riqueza. Todos, enquanto pessoas, devem ser respeitados, e sua integridade física protegida e assegurada¹".

Segundo Noberto Bobbio, os direitos humanos foram criados conforme o momento social, tecnológico e histórico pelo qual passava a humanidade, sendo divididos em gerações. Assim, existem os direitos mais primários que são classificados como de primeira geração (direito às liberdades em geral); os direitos de segunda geração (direitos sociais e políticos); os direitos de terceira geração (aqueles que dizem respeito a toda humanidade, tanto atual, como futura); e, por fim, ainda existem os direitos de quarta geração (aqueles pertinentes aos efeitos das experiências genéticas)².

¹ BRASIL, Presidência. *Programa Nacional de Direitos Humanos I* Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996. p.7..

² BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos,

Por esta afirmação não se infira, de maneira alguma, que os direitos humanos mais recentes excluam os mais antigos. Estas novas gerações dos direitos do homem apenas dão continuidade à evolução dos mais antigos, os quais mantêm-se sempre atuais, pois a essência do homem é a mesma. Entretanto, com o passar do tempo as necessidades humanas aumentam e direitos, antes inimagináveis, têm que ser reconhecidos e protegidos.

Hodiernamente, assim como no passado, o grande problema no que tange aos direitos humanos é quanto a sua implementação, pois enquanto não colocados em norma expressa - mesmo desse modo, muitas vezes as normas protetoras dos direitos do homem são de caráter programático³, dando ensejo a futura regulamentação - tais direitos prescindem de eficácia. Deve-se deixar bem clara a diferença entre direito reconhecido e protegido e direito reivindicado, isto é, o que existe de fato e o que é pretendido e desejado pelos filósofos e estudiosos do assunto.

Destarte, este pequeno estudo não visa exaurir o assunto. Tem por escopo revelar, através de uma análise perfunctória, os direitos humanos reconhecidos e protegidos pelo ordenamento jurídico, além das formas de sua reparação em caso de transgressão, de acordo com o tipo de dano causador de sua violação, seja moral, patrimonial ou ambiental.

II. RESPONSABILIDADE CIVIL

De início, ressalte-se a importância da responsabilidade civil para o trabalho em epígrafe, pois como se verá, o seu fato gerador é o restabelecimento do equilíbrio causado pelo dano de forma geral. Por conseguinte, pode-se conceituar a responsabilidade civil como a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir-lo, quando injustamente causado a outrem.

Dois são as variações da responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. De acordo com a teoria clássica, a culpa era o fundamento da responsabilidade, ou seja, só haveria responsabilidade se o sujeito agisse com dolo ou culpa *stricto sensu*. Em outras palavras, deveria haver os seguintes elementos para se constituir a responsabilidade: a vontade de cometer uma violação de direito, no caso do dolo, ou a negligência, imprudência ou imperícia, resumindo, a falta de diligência, no caso de culpa *stricto sensu*, além do dano, é claro. Esta teoria clássica, também ficou conhecida como teoria da culpa, ou subjetiva, pressupondo a culpa como fundamento para a responsabilidade civil, conforme dito.

Há casos em que a ocorrência ou não de culpa é irrelevante, nos quais o sujeito tem a obrigação de reparar o dano independente de ter havido ou não culpa na consumação do dano; geralmente estes casos são expressos em lei. Nestas hipóteses, diz-se que a responsabilidade é objetiva ou legal. Esta construção foi elaborada pelos adeptos da teoria do risco, para os quais basta a ocorrência de dois elementos configuradores da responsabilidade: o dano e o nexo de causalidade, sendo irrelevante o elemento culpa. Pode-se observar a

1992. p. 5-6.

³ Normas Programáticas são aquelas que serão efetivadas num futuro indefinido, sem um prazo de carência determinado e sem instituir proibições ou sanções para o não cumprimento, como por exemplo, o direito à educação, expresso no art. 205, da Constituição da República.

responsabilidade objetiva, principalmente, nas atividades em que o risco é presumido, e, portanto, assumido pelo agente, o qual tem o ônus de provar alguma excludente expressa em lei.

O nosso Código Civil adotou o sistema da responsabilidade subjetiva, elencando seus pressupostos no artigo 159, *in verbis*:

"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

Observe-se que, o primeiro pressuposto está inserido no erro de conduta do agente, levando a prática de ato fundado em dolo ou culpa *stricto sensu*.

O segundo pressuposto se assenta na ofensa a bem jurídico, isto é, deve-se observar o que realmente foi lesionado pela conduta comissiva ou omissiva, pois não há pretensão jurídica se não houver um objeto a ser protegido contra a transgressão.

E, como último pressuposto, deve haver relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação ou omissão e o dano causado, ou seja, a correlação entre a conduta do agente e sua contraposição ao ordenamento jurídico, como fato gerador de direito⁴.

Entretanto, o ordenamento não deixou de fora a construção jurídica da responsabilidade objetiva, encontrada em muitos instrumentos jurídicos. Observe-se a redação da Súmula 341, do Supremo Tribunal Federal: "*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.*"

No caso em tela, provada a culpa do empregado no ilícito causador do dano, o patrão ou comitente fica automaticamente obrigado a reparar o mesmo, pois o preposto encontra-se sob sua guarda e ordens. A partir das teorias da culpa *in eligendo* (culpa que se funda na escolha do preposto) e da culpa *in vigi/ando* (culpa que se funda no dever de vigiar a execução de que outrem ficou encarregado), pôde-se desenvolver a teoria do risco para o caso, onde a presunção de culpa é *juris et de jure* por parte do patrão.

III. DANO AMBIENTAL

Consoante ressaltado no intróito, quanto à divisão dos direitos do homem, os direitos de terceira geração são os que se referem a toda a coletividade, atingindo a todos indistintamente.

Dentre os referidos direitos, estão aqueles que dizem respeito ao meio ambiente, *v. g.* .. , "o direito de viver num ambiente não poluído⁵". Pode-se dizer que é dever

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Teoria geral de obrigações. 2. 00. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 2. v. p.236.

⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p.6.

do Estado e direito e dever do cidadão zelar pelo meio ambiente, tanto é assim que a Constituição vigente elevou a proteção ambiental a categoria de direito fundamental (art. 50, inc. LXXIII). Quando o homem cuida da preservação ecológica, também está zelando por sua própria preservação, uma vez que as agressões sucessivas ao meio têm ocasionado uma série de malefícios à humanidade, *p. ex.*, efeito estufa, destruição da camada de ozônio, chuva ácida, além de uma série de doenças. Não é mais questão de altruísmo preservar, e sim, de garantir para si e para os outros um futuro melhor, pois o grande desafio dos Estados Contemporâneos é a melhoria das condições de vida, como fator de desenvolvimento.

Desta feita, vê-se que em se tratando de dano ao meio ambiente, tão somente a imposição de indenização pecuniária àqueles que poluem e destroem os recursos naturais não resolve, por si só, o problema. O mais importante em matéria de meio ambiente é a política preventiva, e não só a repressiva. Como ensina o douto Paulo Afonso Leme Machado, no seu compêndio de direito ambiental: "o princípio 'poluidor-pagador' que está sendo introduzido em Direito Internacional não visa a coonestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação"⁶. É claro que o dever de reparar inibe a atuação do infrator, mas não impossibilita a atuação de pessoas gananciosas, que vêm nos ganhos econômicos sua realização pessoal e deixam para toda a coletividade o ônus de sua ganância. O Poder Público deve atuar de forma preventiva através de órgãos próprios para esse fim, trazendo para si a responsabilidade de vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental. E mesmo responder, solidariamente, com o particular quando os seus padrões oficiais estejam errados, haja vista que muitas vezes o Estado também está inserido em atividades de iniciativa privada, como extração mineral, siderurgia, produção de energia hidrelétrica, termoeletrica ou nuclear etc.

A responsabilidade quanto ao dano ecológico, segundo o entendimento moderno vigorante tanto na doutrina, bem como na jurisprudência, é o da responsabilidade objetiva, colocando-se em primeiríssimo lugar o interesse da coletividade, em detrimento ao particular. O degradador não pode escusar-se da obrigação de reparar o dano alegando ter agido sem culpa, pois, desta forma, admitir-se-ia que uma grande empresa transportadora de petróleo não teria a obrigação de reparar o dano pelo fato de um icebergue ter rachado o casco de um dos seus navios e despejado petróleo no mar. Ora, quem desenvolve a sua atividade pondo em risco o meio ambiente assume a responsabilidade pelos danos causados, tendo o dever de devolvê-lo, na medida do possível, ao *status quo ante*.

Desta maneira, o direito de propriedade exerce-se sobre a própria coisa, não influenciando na esfera jurídica de outrem, pois, se assim o fizer, estará prejudicando o direito de vizinhança. Ocorre que, a atividade do poluidor dentro da sua propriedade acaba ocasionando o cerceamento do direito de outros indivíduos, o direito de não se sujeitar a receber aqueles poluentes - entenda-se poluentes de maneira genérica, *v. g.*, som, imagem, substâncias tóxicas etc. E, em matéria de direitos humanos, o direito à propriedade está sendo mitigado pela função social (art. 5º, inc. XXIII, da CF) a que a propriedade deve se direcionar, não sendo permitido ao proprietário ser 'o ditador de sua própria coisa, já que há interesses maiores que o exclusivamente pessoal e egoísta.

Com isto, não se quer dizer que todo e qualquer ato de poluição deva ser punido, uma vez que diante do estágio de evolução tecnológico que a humanidade chegou é praticamente impossível viver sem a poluição. A poluição a ser coibida é aquela grave e periódica, pois chegará um ponto em que a natureza não mais a assimilará, tomando-se impossível a sua reintrodução no meio biológico. A política mais eficiente nesta matéria é a

⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1992. p.207

de educar a comunidade para que evite poluir; cobrar do Poder Público a edição de leis impondo às empresas a utilização de materiais menos poluentes quando viável; implementar investimentos em tecnologias não-poluentes, fiscalizando e punindo severamente aqueles que não respeitam o meio em que vivem, Obrigando-os a repararem o mal que por ventura vierem a causar.

No que diz respeito a tutela jurisdicional do direito ambiental, o diploma básico presente na legislação brasileira é a "Lei de Política Nacional do Meio Ambiente" - Lei n. 6.938, de 31.08.1981 - a qual teve como principal mérito o fato de haver consagrado a responsabilidade objetiva para os responsáveis por dano ao meio ambiente, além de proteger não apenas os interesses individuais, mas também os meta-individuais (interesses difusos), eis aqui a letra do seu art. 14, § 1º, *infra*:

"Sem obstar à aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente." (grifei)

Nota-se neste preceptivo legal dois aspectos importantes, o primeiro diz respeito à responsabilidade objetiva do poluidor, que segundo Nelson Nery Júnior, citado por Carlos Roberto Gonçalves no seu trabalho sobre responsabilidade civil, afirma ser a responsabilidade objetiva, no caso de dano ambiental, "integral", assumindo o poluidor integralmente todos os riscos ocasionados por sua atividade, não havendo que se falar em nenhuma excludente de caso fortuito ou força maior⁷. O outro aspecto importante da lei refere-se à legitimidade do Ministério Público tanto Federal, quanto Estadual, para propor a Ação de Responsabilidade Civil ou Criminal, independente de ações individuais dos prejudicados.

Não se poderia deixar de falar, também, na Lei n. 7.347, de 24.07.1985, que regulamentou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, elegendo esta como legitimados para propô-la, precipuamente, o Ministério Público, além das autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações (art. 5º). Ressalte-se, ainda, a obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, nem que seja como fiscal da lei (art. 5º, § 1º), garantindo, desta arte, uma efetiva tutela ao interesse difuso da coletividade. O artigo 1º, da citada Lei, também garantiu o direito do cidadão eleitor de ajuizar uma ação popular (Lei 4.717, de 29.06.1965, regulamentou a ação popular e a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXIII, deu grande abrangência a mesma), se assim o desejar, independente da ação civil pública proposta.

Isto posto, os dois meios corretos para ingressar na justiça com relação ao dano ambiental são através da ação civil pública e ação popular, ambas surtindo o mesmo efeito, independente das ações individuais.

⁷ GONÇALVES, Cartas Roberto. *Responsabilidade civil*, 6. 00, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78.

IV. DANO PATRIMONIAL

Inclui-se, dentre os direitos humanos mais antigos e reconhecidos, o direito à propriedade. A base de todo o Sistema Capitalista é a propriedade, podendo ser tanto corpórea - bens com existência concreta, que tem corpo - quanto incorpórea - direitos ou coisas que não possuem existência concreta - e, como tal, deve ser protegida contra a interferência de terceiros. A própria Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão consagrava a propriedade como um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável, aferindo-se, portanto, que a igualdade entre os homens era, e ainda é, formal, todos são iguais perante a lei⁸.

A nossa atual Constituição coloca a propriedade como direito fundamental (art. 5º, inciso XXII), ocasionando uma obrigação *erga omnes* para os demais cidadãos de não interferência neste direito humano de primeira geração. Assim, qualquer um que interferir nesta relação - coisa - proprietário - estará sujeito as penas da lei, inclusive a de reparar o dano causado.

Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, estando incluído aí a saúde, a vida, a liberdade etc. Contudo, em sentido estrito, dano é a lesão, patrimonial sofrida pelo indivíduo, sendo apreciável em dinheiro. Deste modo, o dano patrimonial encontra-se intimamente ligado à indenização equivalente em pecúnia, o que toma mais fácil a sua configuração e posterior reparação.

As obrigações de responder pelo dano patrimonial podem derivar tanto de relação contratual, como extracontratual. Quando decorrente de contrato escrito, caracterizam-se pelo inadimplemento total ou parcial de uma obrigação, isto é, a parte que não cumpre a sua avença fica obrigada a responder por perdas e danos, salvo os casos em que a lei a exima.

O dano ocasionado por relações extracontratuais, a seu turno, é geralmente praticado por culpa do agente, quando não observa o dever legal a todos imposto. Assim, quem causa dano a outrem, por dolo ou culpa *stricto sensu*, fica obrigado a repará-lo nos termos do art. 159 do C.C., como visto acima no item referente à responsabilidade civil.

In fine, quem causa prejuízo econômico a outrem está obrigado a repará-lo ou a pagar indenização de perdas e danos, podendo a obrigação originar-se tanto em decorrência de ato ilícito, como de avença contratual.

V. DANO MORAL

O tema referente a reparação por danos morais constitui assunto dos mais discutidos e polêmicos na atualidade. Tanto é assim, que muitos autores não os reconhecem como direitos, alegando, entre outros fundamentos, que não é possível quantificar aspectos subjetivos, quais sejam a dor e o sofrimento. No entanto, a maioria dos autores entende ser perfeitamente possível a reparação dos danos morais, com os fundamentos que serão vistos a seguir.

Dano moral é a repercussão da dor causada a alguém - entenda-se dor como a angústia, o abate, o transtorno, a infelicidade - não se indeniza a dor propriamente dita, pois estas coisas não se quantificam, são coisas da alma, que dizem respeito a aspectos subjetivos de cada um.

⁸ HOBBSAWN, Eric. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1977. p.77

Quando alguém próximo a nós repentinamente vem a falecer por um acidente cruel, causa-nos um abalo emocional profundo, um desgosto inexorável. Há pessoas tão sensíveis a esses fatos que entram em estado de choque. Dessa feita, o dano moral repara a repercussão da dor, como restou dito, portanto se quantifica a indenização a partir dos efeitos causados, - não do ato em si - os quais podem ser comprovados por laudos médicos e psicológicos.

Pode-se ainda citar como danos morais a perda de uma parte do corpo (mutilação), uma humilhação, a destruição de uma coisa de estimação, enfim, tudo aquilo que ocasionar dor. A douta Maria Helena Diniz restringe, com propriedade, a dor que é objeto de ressarcimento: "O direito não ordena a reparação de qualquer dor, mas daquela que for decorrente da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima ou lesado indireto teria interesse reconhecido juridicamente"⁹.

Como restou dito, a dor traz conseqüências, seqüelas, às pessoas que devem ser minoradas ao máximo, através de "meios para se recuperar, para se distrair, como se distrai uma criança que cai e se machuca"¹⁰. Assim, indeniza-se o dano moral como forma de melhor enfrentar a dor, ou para que paguem-se as despesas para aliviar o sofrimento decorrente da ofensa.

A grande dificuldade quanto aos danos morais é determinar o seu *quantum*, haja vista estarem presentes critérios subjetivos inerentes a cada um, pois cada indivíduo reage de forma distinta a determinada situação. Nestes casos, no momento em que o magistrado fixa a indenização (sanção ao causador do dano) assumem maior relevância a justiça e a equidade aplicadas com bom senso, em detrimento da lei. Desta forma, busca o julgador o razoável, nem um valor simbólico, tampouco exorbitante, levando em consideração a aflição e o sentimento deixados na pessoa atingida pelo malefício.

Cabe agora, por oportuno, informar que é perfeitamente possível a cumulação de danos morais com danos patrimoniais (ST J, Súmula nº. 37), uma vez que os objetos não se coadunam: o primeiro diz respeito a critérios subjetivos de cada um, enquanto o segundo é objetivo e tem valor econômico por natureza. No dano moral não se volta ao *status quo ante*, pois a dor e o sentimento não retroagem, eles apenas são minorados. Já a perda econômica pode ser repostada (substituída) com facilidade.

Por conseguinte, percebe-se ser perfeitamente possível a indenização por dano moral, mesmo porque o ordenamento jurídico pátrio reconhece e protege este direito que, além de legítimo, é legal. Ademais, o próprio Código Civil, em seu art. 159 *supra* transcrito, abarca o direito em comento, apesar da discordância daqueles que limitam a incidência deste preceptivo legal aos danos materiais. A Carta Magna, de modo ainda mais contundente, expressamente previu a indenização por dano moral e o elevou a direito fundamental, *in verbis*:

"Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Indenização por dano moral: a problemática jurídica da fixação do quantum*. Consulex, ano I, n.º 3. Março de 1997. p. 30.

¹⁰ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 5. 00. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.123.

indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; " (grifei)

VI. CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a grande dificuldade pertinente aos direitos do homem consiste no efetivo respeito aos mesmos. É necessário que cada indivíduo tenha, em sua consciência, a exata dimensão do conceito de direitos humanos e passe a respeitá-los como forma de alcançar a paz social, objetivo maior de toda sociedade. Todavia, a humanidade não chegou no estágio de respeitar os seus direitos mais elementares, o que faz surgir a necessidade de estarem previstos em um instrumento coativo. Refiro-me principalmente aos direitos humanos mais novos, pois custa aos homens reconhecê-los. Até mesmo os direitos humanos mais antigos, como é o caso dos direitos sociais, onde, apesar de já consignados na letra da lei, na prática não são efetivados, como por exemplo o direito à saúde e à educação, chavões de todos os políticos, quiçá por medo de não terem o que prometer.

É bem de ver que existem muitas possibilidades de se pôr em prática os direitos humanos, basta ter um pouco de imaginação e levar os ensinamentos teóricos à prática, utilizando-se do ordenamento jurídico que vem evoluindo constantemente no que se refere aos direitos do homem. E, certamente, a tendência é evoluir cada vez mais, pois novos problemas são colocados a indagação, tais como a clonagem de seres humanos, antes só alvo de ficção e hoje uma realidade possível. Assim como Bobbio, elegeu os direitos de quarta geração aqueles que dizem respeito aos efeitos das experiências genéticas, cabe agora a toda a sociedade traçar um limite para as mesmas, respeitando-se o direito do indivíduo de ser único.

Em todos os tempos de sua existência, o homem luta, incessantemente, para ver os seus direitos reconhecidos, culminando com a necessidade, verdadeiro contra senso, da humanidade ter que proteger o homem contra outros homens que, muitas vezes, movidos por objetivos egoístas, põem em risco a segurança de muitos.

Com efeito, o ideal seria não haver reparação para os direitos humanos, devido a não ocorrer transgressões a estes direitos. Entretanto, tal afigura-se ainda uma utopia. O ordenamento jurídico tem que criar e renovar constantemente as formas de reparação para a ofensa contra os direitos humanos, como forma de inibir a atuação dos infratores, cada vez mais especializados (como é o caso dos danos causados ao meio ambiente) e destemidos, até mesmo pela ineficácia dos meios de punição/reparação.

É imperioso que as leis evoluam para conseguir a efetiva proteção aos direitos humanos, mas é imprescindível que cada ser humano conduza dentro de si o respeito aos direitos de seus semelhantes que, reflexamente, o atingirá.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL, Presidência. *Programa Nacional de Direitos Humanos I* Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social, Ministério da Justiça, 1996.

DINIZ, Maria Helena. Indenização por dano moral: a problemática jurídica da fixação do quantum. *Revista Consulex*, 1 (3):28-31, março de 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HOBBSBAWN, Eric. *A era das revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. 00. São Paulo: Malheiros, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Teoria geral de obrigações. 2.00. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 2. v.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Dano ambiental. *Revista Consulex*, 1 (2):19-23, fevereiro de 1997.

VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*. 1. ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 5. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SENTENÇAS MUTÁVEIS E COISA JULGADA

Izabel Cristina Pinheiro

Monitora de Teoria Geral do Processo

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito/ UFRN

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Conceito 3. Fundamentos; 4. Natureza Jurídica; 5. Classificação 6. Limites da eficácia da coisa julgada 7. Arguição da coisa julgada 8. Sentenças mutáveis e coisa julgada 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho é fruto da inquietação surgida no preparo de uma aula. Estudando o tema para ministrá-lo, em razão do exercício da monitoria, em turma de direito processual civil II, deparamo-nos com questão que nos afigurava incongruente.

Embora despida de repercussão prática, é questão meramente doutrinária, mas que tem levado a doutrina e o legislador a cometer atecnias quanto à determinação da produção ou não da coisa julgada material por sentenças mutáveis.

Procedemos à análise do instituto a partir de suas noções básicas, tais como conceito, fundamentos, classificação e eficácia, no intuito de propiciar a todos o acesso à discussão. Nesta, socorremo-nos sempre de casos práticos, analisando, concomitantemente, a legislação atinente ao assunto. De forma que chegamos às conclusões compiladas ao final.

2. CONCEITO

A sentença é um ato do juiz. E como vige em nosso sistema o princípio do duplo grau de jurisdição, é passível de reforma por meio de recurso, podendo, portanto, ser modificada.

Mas, passado o prazo legal para ser interposto o recurso, e não o sendo, ou depois de esgotados todos os recursos cabíveis, a sentença se torna imutável e indiscutível. A esse estado da sentença dá-se o nome de coisa julgada.

Assim, a coisa julgada consiste na imutabilidade de uma sentença decorrente da insuscetibilidade de reformá-la por meio de recurso.

Segundo Allorio, a coisa julgada é um atributo específico da jurisdição, pois 56 o ato jurisdicional tem eficácia vinculativa plena, ao contrário do ato legislativo, que é naturalmente mutável, e do ato administrativo, sujeito à revisão judicial.

3.FUNDAMENTOS:

Uma das características da jurisdição é a juridicidade, ou seja, o escopo de atuação da vontade concreta da lei. E o instrumento pelo qual a lei atua concretamente é a sentença.

Há de se convir que para um único fato não pode haver mais de uma "atuação da vontade concreta da lei". Como enquanto não transita em julgado e, portanto, faz coisa julgada, a sentença pode ser modificada, Amaral Santos defende que até que isto ocorra, a sentença não passa de simples ato do magistrado, ou seja, não passa de uma situação jurídica.

É, portanto, a necessidade de dotar de segurança a tutela jurisdicional prestada, e de se evitar a perpetuação dos litígios, que serve de fundamento à coisa julgada. Esse é um fundamento eminentemente político.

Entretanto, no plano jurídico-processual, a coisa julgada se apresenta como consequência do exaurimento do direito de ação. Pois, exercido plenamente este, se inexistisse a coisa julgada, poderia o autor novamente exercê-lo e assim indefinidamente, ficaria brincando com a máquina judiciária estatal.

A coisa julgada ampara-se, ainda, no princípio da invariabilidade da sentença, segundo o qual "o juiz, depois de publicada a sentença, não poderá modificá-la." (PORTANOVA, p.260)

Observe-se que tal princípio rege a sentença, não fazendo distinção entre a que aprecia o mérito daquela que não o faz.

Dessa forma, podemos afirmar que pertence à sentença enquanto ato jurisdicional, tomando-a imutável. Não dizendo respeito aos seus efeitos.

4.NATUREZA JURÍDICA:

Liebman foi o primeiro a defender que a coisa julgada não era efeito, mas qualidade da sentença. Explicava que era qualidade que aos efeitos da sentença se adicionava, tomando-os imutáveis.

A partir de então, os doutrinadores são unânimes em afirmar que a coisa julgada é qualidade e não efeito da sentença.

Ovídio Baptista, entretanto, não adere totalmente à tese de Liebman, e explica que a coisa julgada, de fato, é uma qualidade da sentença, contudo não toma imutáveis seus efeitos, mas a sentença em si, que se torna indiscutível.

O código de processo civil, na tentativa de miar-se à doutrina de Liebman, adotou, no art. 467, redação confusa.

"Art.467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que toma imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. "(grifo nosso)

Tal fato tem gerado pronunciamentos contrários da doutrina. Humberto Theodoro Júnior afirma que "filiando-se ao entendimento de Liebman, o novo código não considera a res *iudicata* como um efeito da sentença. Qualificando-a como qualidade especial do julgado .. ." (p.523)

A respeito do mesmo artigo, Ovídio Baptista expõe:

" ... pretendendo o legislador afeiçoar-se à doutrina de Liebman sobre a coisa julgada. tê-la-ia erroneamente definido como uma eficácia da sentença, quando o mestre italiano se propunha. precisamente, demonstrar que a coisa julgada não era um efeito da sentença, mas uma qualidade inerente a todos os efeitos dela, e que aos efeitos se incorpora, a partir de um dado momento. "(p.413)

5.CLASSIFICAÇÃO:

A doutrina e o próprio código fazem a distinção entre coisa julgada material e formal, segundo a abrangência da imutabilidade da sentença.

José Frederico Marques as define com perfeição:

"A coisa julgada formal, que é a estabilidade interna do julgado. torna-o imutável dentro do processo, em virtude de não mais caber reexame recursal do que foi decidido, porque a preclusão o impede. "

"A coisa julgada material, que é a imutabilidade do julgamento fora do processo em que se constitui, a fim de que impeça, no futuro, qualquer indagação ou reexame do que se contém na prestação jurisdicional ou julgamento, ou seja, sobre a lide e as questões a ela imanentes. "(p. 236)

Como a coisa julgada formal consiste na imutabilidade da sentença dentro do processo, uma vez que o mérito ainda não foi analisado, poderá ser questionado em um outro processo.

Assim, são exemplos de coisa julgada formal os casos em que o autor é carecedor de ação ou nos quais estavam ausentes os pressupostos processuais, pois neles há a prestação jurisdicional sem haver apreciação do mérito.

Quanto ao art. 467 do CPC, já mencionado, é mister salientar que apesar do mesmo falar em coisa julgada material, define o que é a coisa julgada formal, pois descreve situação de estabilidade interna do julgado.

Assim, é o art.468 do CPC, que define a coisa julgada material, uma vez que fala em julgamento da lide, ou seja, do mérito, e em força de lei.

José Frederico Marques distingue ainda uma terceira categoria, a coisa soberanamente julgada. Explica o mestre que mesmo fazendo coisa julgada material, a sentença pode ser desconstituída por meio de ação rescisória no prazo de dois anos.

Assim, decaído esse prazo sem a propositura da ação rescisória, ou proposta essa, transita em julgado sentença declarando sua improcedência, a sentença faz coisa soberanamente julgada. Ou seja, não há mais possibilidade alguma de ser novamente questionada.

6.LIMITES DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA:

Teceremos agora, a partir da análise de alguns artigos do código, algumas considerações acerca dos limites objetivos e subjetivos da eficácia da coisa julgada.

6.1. LIMITES OBJETIVOS:

"art.468.A sentença que julgar total ou parcialmente a lide. tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. "

Esse artigo significa que a sentença faz coisa julgada nos limites do pedido, ou seja, somente as questões propostas pelos interessados no pedido serão atingidos pela decisão proferida na sentença. Assim, as questões relacionadas àquela lide, mas que foram excluídas do pedido, devem ser objeto de outro processo.

Havendo julgamento parcial da lide, ou seja, omissão quanto à apreciação de algum ponto, à parte cabe entrar com embargos de declaração para a análise da omissão. Caso isso não ocorra, apenas a porção da lide decidida pela sentença fará coisa julgada material. Podendo a outra porção ser objeto de nova ação.

"art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos. ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial. decidida incidentalmente no processo. "

A sentença se compõe de três partes: o relatório, no qual o juiz descreve o histórico da relação processual; a motivação, que contém os fundamentos de fato e de direito que embasaram a decisão do juiz; e o dispositivo, no qual há a aplicação da vontade concreta da lei.

Apenas a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada. As demais, os motivos e o relatório, não o fazem. "O julgamento, que se toma imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o 'porquê' dessa resposta." (THEODORO JR., p.529)

Já a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença não transita em julgado, o que consiste em mais um reforço ao princípio que apenas a parte dispositiva da sentença é acobertada pelo efeito vinculativo pleno.

Questão prejudicial é aquela cuja existência ou inexistência constitui antecedente lógico à formação do mérito e que se tomou litigiosa no curso do processo.

Se decidida incidentalmente no processo, não transita em julgado. Entretanto, se a parte, por meio de ação declaratória incidental, amplia a lide de forma a englobar a questão prejudicial, essa também fará coisa julgada, vez que agora integra o pedido.

"art.474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. "

Isto significa que a coisa julgada material absorve, além das questões que foram discutidas, aquelas que poderiam ter sido e não o foram. Entretanto, é preciso entender essas questões como os fatos que alegados influenciariam a decisão de mérito, e não como questões de direito não apreciadas na sentença por não serem objeto do pedido, pois estas podem ser apreciadas em outra ação.

"art.471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuada, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos previstos em lei. "

A hipótese do inciso I deste artigo, consiste na aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*¹ à sentença, pois se a situação fática muda, carece de nova apreciação judicial.

O instrumento hábil é a ação revisional, cuja sentença, se procedente, tem natureza constitutiva, pois modifica a relação jurídica até então vigente.

6.2. LIMITES SUBJETIVOS:

"art.472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada,

¹ A cláusula *rebus sic stantibus* propugna pela eficácia do contrato desde que conservado o estado de fato existente no momento de sua celebração.

não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."

Liebman disse que "a eficácia natural da sentença atua com relação a todos; por outro lado, a coisa julgada só vale entre as partes, pelo que estas suportam a sentença sem remédio, ao passo que os terceiros podem destruí-la, demonstrando a sua injustiça"(apud José Frederico Marques, p.243)

A sentença vale *erga omnes*, mas só é imutável e indiscutível *inter partes*, de forma que o terceiro, que tem interesse jurídico diretamente atingido por ela, pode reabrir a discussão em tomo da coisa julgada e impugnar os seus efeitos, demonstrando o desacordo desta com o direito objetivo.

Nas ações que versam sobre o estado da pessoa, se citados os interessados, a sentença não só vale *erga omnes*, como tem eficácia *erga omnes*, dessa forma o terceiro prejudicado em interesse jurídico seu, não pode discutir a matéria em outro processo.

Cumprе ressaltar que, em se tratando de direito disponível, nem mesmo a coisa julgada obriga as partes, pois estas podem estabelecer convenção entre si mesmas de conteúdo diverso do da sentença.

7. ARGÜIÇÃO DA COISA JULGADA

Tendo em vista que a coisa julgada é pressuposto negativo de validade da relação processual, torna inadmissível o julgamento do litígio, devendo, portanto, ser alegada como preliminar na contestação.

Apesar da lei só prever sua alegação como preliminar na contestação (art.301, CPC), a coisa julgada é alegável em qualquer momento processual, visto que constitui matéria de ordem pública, não sendo alcançada pela preclusão. Tem aplicabilidade o art.303, II do CPC.

Assim, ao juiz ou tribunal cabe dela conhecer *ex officio*, em qualquer estado do processo, instância ou grau de jurisdição.

Pode, ainda, ser alegada após o trânsito em julgado da nova sentença, como fundamento da ação rescisória (art.485, IV, CPC).

8. SENTENÇAS MUTÁVEIS E COISA JULGADA:

Feitas essas considerações iniciais, indispensáveis à definição do instituto em análise, passaremos agora à defesa do ponto nevrálgico desse trabalho.

A questão é que nos insurgimos contra a afirmação da doutrina é que se reflete na legislação, de que nas sentenças em que há julgamento do mérito, mas que, em razão da própria natureza do objeto são mutáveis, não há a produção de coisa julgada material.

Defendemos veementemente que, nessas hipóteses, ocorre a coisa julgada material, pois a mutabilidade do objeto ou das circunstâncias gera uma situação diversa, o que caracteriza uma outra causa de pedir, ensejadora de nova sentença, que não fere a anterior visto que se trata de uma nova ação.

Insta esclarecer que a coisa julgada material é a impossibilidade de reapreciação da mesma questão. E que a identidade de ações só se caracteriza se comuns os três elementos da ação: as partes, a causa de pedir e o pedido. Se diferente qualquer destes, há duas ações diversas.

É mister ressaltar, ainda, que a nova sentença não revoga a anterior, mas a substitui em seus efeitos.

Para aclarar tal afirmação, é de precípua importância a distinção entre eficácia da sentença e efeitos da sentença.

Eficácia da sentença é a aptidão desta para reger as relações existentes em tomo da realidade concreta apresentada no processo. É ela inerente à sentença, correspondendo à sua finalidade política, criar um preceito para regular o conflito de interesses interindividual, subtraindo esse poder da esfera privada. Tal como as normas legais, a eficácia da sentença é abstrata, sendo, porém, específica.

Já os efeitos da sentença são as manifestações de ordem prática surgidas pela atuação da eficácia da sentença na realidade fática. São as reações do mundo material à atuação da sentença.

Assim, quando há a substituição de uma sentença em razão da mutação na realidade concreta, a sentença substituída não perde sua eficácia (comando abstrato), pois continua hábil a reger a situação para a qual foi prolatada. Entretanto, não atuará no plano concreto, e, portanto, não produzirá efeitos, vez que o seu objeto desapareceu.

Diante do exposto, constata-se, ainda, que a nova sentença não fere o princípio da invariabilidade da sentença, pois esta, enquanto ato jurisdicional, permanece intacta.

A proposta defendida constitui, pois, a mera aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ao processo. Encontrando amparo legal no art.471, I do CPC.

Em face de tais considerações, toma-se impróprio o conteúdo do parágrafo único do art.19 da lei de falências:

"art.19. Cabe apelação da sentença que não declarar a falência. Parágrafo único. A sentença que não declarar a falência não terá autoridade de coisa julgada".

Se imprópria é a redação do artigo, inaceitáveis são as justificativas da doutrina.

"A sentença denegatória de falência não tem autoridade de coisa julgada, mas no sentido de que a própria parte que decaiu do pedido pode voltar a fazê-lo, baseando-se em novos fatos." (Miranda Valverde, apud ALMEIDA, p. 110)

"Diante do texto da Lei de Falências, a sentença denegatória não faz coisa julgada. Não impede que se renove o pedido, desde que tenha ele a novidade da causa por não ser, sob o ângulo da relação processual, idêntico ao que foi recusado pela sentença." (Waldemar Ferreira, apud ALMEIDA, p. 110)

Ora, a nova ação baseia-se em nova causa de pedir, portanto, o seu julgamento não ferirá a coisa julgada anterior. Dessa forma, é inegável a produção de coisa julgada material pela sentença denegatória de falência.

Outra atecnia legislativa é encontrada no art.15 da lei n. 5.478/68 (lei de alimentos), que constitui o exemplo predileto da doutrina de sentenças que apreciam o mérito mas não fazem coisa julgada material.

"art.15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode

a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados. "

Humberto Theodoro Júnior, negando a existência de lide nos processos de jurisdição voluntária, conclui que nesses não há uma decisão de mérito, não podendo, portanto, fazer coisa julgada material.(p.522)

Mais uma vez, rejeitando entendimento pacífico na doutrina, propugnamos não só pela jurisdicionalidade dos procedimentos voluntários, mas também pela litigiosidade de alguns deles, nos quais há, conseqüentemente, a produção de coisa julgada material.

Quanto à litigiosidade, descabida e forçada é a argumentação da doutrina de que na jurisdição graciosa não há lide, mas dissenso de opiniões, uma vez que o interesse tutelável é apenas um, girando a controvérsia em tomo da melhor forma de proteger esse direito.

Não é pelo fato de haver apenas uma situação jurídica em jogo, que as controvérsias a respeito dela são dissenso de opiniões e não de interesses.

Nem se trata apenas de dúvida a respeito do que é o melhor para o interditado, mas de um conflito entre o interesse deste de permanecer no livre gozo de sua capacidade civil e o interesse dos que o querem interditar.

Mesmo na hipótese de o interditado não se opor à interdição, a liberdade, entendida em sentido amplo, é direito indisponível do indivíduo, que recebe do direito tutela obrigatória.

Assim, partindo do pressuposto da presença de litigiosidade em alguns dos procedimentos de jurisdição voluntária, afirmamos também que nestes há a produção de coisa julgada material.

Tal afirmação não pode ser contestada tendo por fundamento a possibilidade de mutação dos efeitos da sentença por meio de novo provimento jurisdicional. Vez que o ordenamento jurídico só concedeu essa possibilidade nas hipóteses de ocorrência de modificação no estado de fato ou de direito. O que, repetimos, gera uma mutação em um dos elementos da ação, a causa de pedir. Fato que provoca a descaracterização da identidade de ações e afasta, por completo, a alegação de coisa julgada.

É seguindo essa linha de raciocínio, embora sem o adotar, que o ordenamento processual prevê, em seu art. 1.186, o levantamento da interdição, quando cessada a causa que a determinou.

9.CONCLUSÃO

Em face da análise e posicionamento adotado no decorrer desse estudo, reafirmamos a produção de coisa julgada material pelas sentenças que apreciam o mérito, mesmo quando mutáveis em razão de seu objeto.

Isto porque a mutação da situação fática gera uma nova causa de pedir, afastando a identidade de ações e conseqüente perigo à coisa julgada material.

A sentença anterior não é revogada, preserva-se em sua eficácia. Contudo, não mais produzirá efeitos, visto que o seu objeto desapareceu. Portanto, a nova sentença substitui a anterior na produção de seus efeitos porque é dotada de eficácia para reger a nova realidade.

Assim, tanto a sentença denegatória de falência, quanto a que aprecia alimentos fazem coisa julgada material.

Já no âmbito dos processos de jurisdição graciosa, os procedimentos litigiosos, como tal consideramos o de interdição dos incapazes, exigem apreciação do mérito, produzindo coisa julgada material.

10.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e concordata. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. v. 3. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NERY JR., Nelson. Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor. 2 00. São Paulo: Saraiva, 1996.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1991.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

COISA JULGADA E PROCESSO PENAL

Morton Luiz Faria de Medeiros

Acadêmico do 8º período do Curso de Direito - UFRN

SUMÁRIO: I - PROLEGOMENOS; II - NOÇÕES ESSENCIAIS; III - NATUREZA JURÍDICA; IV FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA; V - LIMITES OBJETIVOS; VI LIMITES SUBJETIVOS; VII - EXCEÇÃO DE COISA JULGADA; VIII - DIVAGAÇÕES FINAIS; IX - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I - PROLEGÔMENOS

Prima pela adequação metodológica apresentarmos como vestíbulo do presente estudo os objetivos perseguidos pelo Processo Penal, sem, com isso, pretender-se aprofundar ontologicamente nesse ramo da Ciência do Direito; antes, busca-se compor o cenário sobre que desenvolveremos a análise do principal objeto desta monografia.

Perfilhando o pensamento de Hélio TORNAGHI (1977, p. 69), temos que "mais do que qualquer outra norma jurídica, a lei de processo penal se destina a conciliar a necessidade de *Segurança* com as exigências da *Justiça*". Para alcançar esta é que o Estado faculta aos litigantes discutir suas pretensões em juízo, fundamentando-se em provas idôneas e protegendo-se por meio do contraditório e da ampla defesa (Constituição Federal, art. 5.º, LV). No entanto, dev8-se evitar que a instabilidade própria do litígio se protraia no tempo sem vislumbrar uma solução definitiva, para que confira segurança à situação jurídica de qualquer das partes.

A este tempo é que se apresenta o instituto da *coisa julgada* como necessário a nosso ordenamento, propiciando ao decisório atributos de imutável e definitivo, nos limites em que a lei lhe concede o poder de ditar sua vontade, soberanamente, aplicando-a ao caso concreto. É, pois, cientes de sua importância que nos debruçamos sobre as feições da coisa julgada que interessam ao Processo Penal.

II - NOÇÕES ESSENCIAIS

Ocupou-se o Direito Romano de principiar a confecção do instituto da coisa julgada, para designar com *res* o bem jurídico disputado e, posteriormente, com *res judicata* a decisão que define os direitos das partes diante deste bem¹. Mais tarde, chegou-se a um sentido mais condizente com seus propósitos, qual seja "a própria matéria discutida, depois que o juiz se pronuncia sem mais qualquer possibilidade de recurso ou de mudança da decisão²". Destarte, uma vez que o magistrado delimite na sentença o direito de uma das partes, não há mais que se discutir acerca de seus elementos essenciais ou de qualquer perplexidade sobre o âmago da matéria examinada que se tenha conhecido nos autos, fazendo seu dispositivo viger, a exemplo do que ocorre nos contratos, entre as partes como se lei fosse.

Partindo desse entendimento é que se pronuncia nosso Código de Processo Civil vigente, para denominar coisa julgada material "a eficácia que toma imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" (art. 467).

Com efeito, desde que publicada, a sentença é passível de impugnação, haja vista o princípio do duplo grau de jurisdição adotado por nosso sistema jurídico processual. A lei, contudo, limita a interposição de recursos a determinados prazos, sob pena de se precluir o direito do sucumbente em questionar judicialmente a justiça do conteúdo daquele ato e, com isso, tomar-se o mesmo intangível e definitivo - quando, diz-se, ocorre o trânsito em julgado.

Portanto, somente quando transita em julgado é que a decisão judicial transpõe os limites de ato do magistrado, de mera situação jurídica, para propiciar a eclosão dos efeitos principais e secundários.

Deve-se distinguir, por oportuno, *coisa julga da formal* de *coisa julgada material*, por importarem em diferentes efeitos do mesmo fenômeno. A primeira toma irrevogável a sentença como ato, no âmbito do processo em que foi proferida, pela impossibilidade de interposição de recursos ou por seu não acolhimento ou improcedência. Mais que isso, a "coisa julgada material toma imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo" (grifo nosso)³, vedando o reexame da *res* deduzida em juízo, tanto no mesmo processo quanto em qualquer outro.

Disto decorre que a coisa julgada material pressupõe a formal, que pode aparecer isolada no processo, tal como ocorre com as sentenças meramente terminativas, em que o mérito da causa não é conhecido pelo juiz e pode ser objeto de outra relação processual.

Outra distinção que cumpre ser feita é entre a coisa julgada formal e preclusão, confusão notadamente intentada quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Destarte, caso não se faça valer do recurso cabível contra o conteúdo destas no prazo prescrito em lei, precluem-se todas as controvérsias de sua essência, culminando, a *posteriori*, na coisa julgada formal - mas nunca material. Por esse motivo, admite-se, *verbi gratia*:

¹ TORNAGHI, Hélio. Instituições de Processo Penal. 2. 00. Saraiva, 1977, V.1, p. 462..

² Id., ib.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Teoria Geral do Processo. 11. 00. Malheiros, 1995, p. 198.

a) que o Tribunal do Júri possa julgar em dissonância com a pronúncia de seu presidente;

b) que se possam reabrir as investigações mesmo após o despacho de arquivamento do inquérito⁴.

III - NATUREZA JURÍDICA

Por força do art. 110 do estatuto processual penal pátrio, submete-se a coisa julgada ao regime dispensado, no que couber, à exceção de incompetência. Isto significa que, por exemplo, ela pode ser levada em conta pelo juiz *ex officio*, independentemente de requerimento das partes.

Aspecto de relevante importância para nosso estudo é a consideração, outrora maciçamente resistida e hoje majoritariamente acatada, da coisa julgada como qualidade, não como efeito da sentença. Possuído por esse pensamento, Liebman erigiu uma teoria original, partindo da distinção entre a eficácia da sentença e sua autoridade de *res judicata*, que analisaremos mais tarde. Representa-se ela pela imutabilidade - seu atributo essencial - do julgado e de seus efeitos.

Como anota Ada GRINOVER (1995, p. 308), existem autores que acreditam possuir a coisa julgada no processo civil natureza diversa da do processo penal, e ainda os que vêm neste confrontarem-se a mera coisa julgada (própria da sentença condenatória, passível de revisão criminal que viesse a beneficiar o réu, e da sentença absolutória por insuficiência de provas), e a coisa soberanamente julgada (característica da sentença absolutória fundamentada). Entendemos não terem cabimento tais diferenciações, visto que suas diferenças residem nos casos em que uma ou outra é admitida e nos prazos que lhes são específicos, conforme varie a natureza das relações jurídicas de ordem material, e não no ceme de suas definições.

Por outro lado, interessa-nos discutir a natureza determinativa da *res judicata* concernente à condenação penal (Código de Processo Penal, art. 621, III), que, à primeira vista, parece-nos uma exceção à coisa julgada material, por permitir que o magistrado aja por equidade, "mediante a modificação objetiva da sentença em virtude da mutação das circunstâncias fáticas"⁵. O que se tem, contudo, é a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, que não raro é invocada sob as mais variadas formas, dentre as quais destacamos o livramento condicional, o *sursis* e a extinção da punibilidade no correr da execução.

IV - FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA

⁴ TORNAGHI, Hélio, *op. cit.*, p. 476.

⁵ GRINOVER, *op. cit.*, p. 308.

Entendida como qualidade do ato decisório a coisa julgada, é mister evidenciarmos, nestas linhas, em que se fulcra a indiscutibilidade que esta última outorga àquele, para partirmos para as balizas que se lhe impõem em favor de uma ordem jurídica estável.

O Direito românico-canônico medieval reputava a sentença continente de uma ficção de verdade e de justiça, de que o juiz agiu com acerto (*res judicata pro veritate habetur, id est*, embora não seja a verdade, é considerada como tal), bem aos moldes da logicidade e racionalidade excessiva próprias da época. Por outro lado, pensadores, como Pothier, adeptos da visão contratualista do processo, diz ter a coisa julgada apoio em haverem as partes, de antemão, acordado no sentido de acatar a decisão, ainda que esta peque por iniquidades.

Entretanto, como brilhantemente se expressa Humberto THEODORO JÚNIOR (1995, p. 528), "ao instituir a coisa julgada, o legislador não tem nenhuma preocupação de *valorar* a sentença diante dos fatos (verdade) ou dos direitos (justiça). Impele-o tão-somente uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário". Ou seja, não obstante revestir-se o julgado de equidade e veracidade, não são estes os responsáveis pelo fundamento de sua imutabilidade, e sim a conveniência de se impor termo ao processo que, até esse momento, só multiplica as dúvidas e a instabilidade das situações das partes envolvidas.

À dita conveniência - ou exigência de ordem prática -, acresce-se o imperativo do respeito à dignidade humana quando da análise da coisa julgada nos prados do Processo Penal, já que a instabilidade temporária e inevitável já relatada é particularmente agravada pela angústia daquele a quem se imputa o crime em se desemaranhar da situação não definida. O acusado, para fazer uso da poesia de Victor HUGO (1995, p. 43), tem seu espírito aprisionado a uma idéia de tal maneira que todos os seus atos realizados sob essa condição parecem expressar apenas a terrível qualidade de objeto de persecução criminal. Tanto quanto ser absolvido, lhe é cara a resolução da pendência capital de seu destino. E a isso se presta a autoridade da coisa julgada.

V - LIMITES OBJETIVOS

Ao se perscrutar dos limites objetivos impostos à força do trânsito em julgado, tenciona-se estabelecer sobre que partes do processo recai sua autoridade. Para esse fim, parece-nos esclarecedor o texto do art. 110, § 2º do Código de Processo Penal (CPP), ao dispor: "A exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal que tiver sido objeto da sentença". Destarte, infere-se que nem tudo que é debatido transita em julgado, mas somente o que pertencer, em essência, à matéria deduzida em juízo, independentemente de ter havido controvérsia, excluindo-se os fatos apreciados incidenter tantum, como as questões prejudiciais e demais "processos incidentes" previstos na lei penal formal.

Via de regra, somente o dispositivo da sentença, *i.e.*, sua parte que indica a aplicação *in concreto* da norma jurídica, é atingida pela força da *res judicata*. Subtraem-se-lhe, assim, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença, pois que todos os argumentos em que se apóia a decisão do juiz "depois dela perdem a

importância. São como os andaimes de uma casa em construção, que não têm por que existir depois.que ela ficou pronta⁶”.

Todavia, caso seja o motivo dotado de tanta relevância para a solução da lide que, eliminando-o, vê-se modificado o julgamento substancialmente, faz *ele* parte do dispositivo da sentença. Essa exceção dá sustentação ao art. 386, *caput*, do CPP, ao considerar a causa da absolvição do réu inclusa na parte dispositiva da sentença absolutória, já que serão diversos "os efeitos de uma sentença que absolva por inexistência do fato, da autoria, ou da tipicidade da conduta (incs. I-III do art. 386) em comparação com aquela que absolva por insuficiência de provas (inc. VI) ou por existência de alguma excludente (inc.V)⁷”.

No que tange à extensão da coisa julgada às questões prejudiciais no processo penal, a lei (CPP) é bastante clara, ao estabelecer que:

a) em se tratando de controvérsia acerca do estado civil das pessoas, suspende-se o curso da ação penal para ser ela objeto de ação civil autônoma, que faz coisa julgada como qualquer outra (art. 92, *caput*);

b) se for relativa a qualquer outro assunto, faculta-se ao juiz suspender o processo e aguardar o trânsito em julgado da ação já ajuizada no cível, ou conhecer incidentalmente da controvérsia, o que não faz passar em julgado a prejudicial para efeitos estranhos ao âmbito do processo penal, corroborando a tendência de a coisa julgada alcançar somente o dispositivo da sentença final, e não sua fundamentação fática.

VI - LIMITES SUBJETIVOS

Determinam-se limites subjetivos à abrangência da autoridade da coisa julgada para identificar quem é por esta atingido. Conforme estatui o art. 472 do Código de Processo Civil de 1973, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros", reprodução da parêmia romana consoante a qual *res inter alias iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*⁸.

Munindo-se da lição de Liebman, devem-se cotejar a eficácia natural da sentença, que vale *erga omnes*, tal como ocorre com qualquer ato jurídico, e a autoridade da coisa julgada, que atua apenas *inter partes*⁹. Dessa forma, é patente a necessidade de todos observarem a validade do ato decisório como manifestação volitiva do Estado em aplicar a norma abstrata no intuito de solucionar um litígio concreto, no afã de atingir a plena pacificação social - o escopo magno da jurisdição.

Nada obsta, porém, que o terceiro juridicamente prejudicado pela eficácia da sentença contra esta se rebele em outro processo, porque não é atingido pela coisa julgada material. Dele se distancia o terceiro prejudicado apenas de fato, pois este vê ameaçado seu direito de forma relativa e, por isso, é atingido pela *res iudicata*, enquanto aquele, malgrado

⁶ TORNAGHI, *op. cit.*, p. 463

⁷ GRINOVER, *op. cit.* • p. 311.

⁸ Ulpiano apud TORNAGHI, *op. cit.*, p. 478.

⁹ MIRABETE, *op. cit.*, p. 220.

não ter figurado como parte no processo, vislumbra sua relação jurídica material diretamente afetada pela sentença *inter alias*.

Por fim, a limitação da coisa julgada às partes apresenta-se como opositora do *stare decisis* comum aos países da *common law*, porque permitem ao juiz total liberdade para prolatar uma sentença em inteiro desacordo com os precedentes jurisprudenciais, de maneira a melhor adequar a inteligência da lei diante do caso concreto. Ademais, tal limitação "obedece a razões técnicas ligadas à própria estrutura do ordenamento jurídico, em que a coisa julgada tem o mero escopo de evitar a incompatibilidade *prática* entre os comandos e não o de evitar decisões inconciliáveis no plano *lógico*¹⁰", sem olvidar a iniquidade de que seria revestida a sentença caso prejudicasse terceiro a que não houvesse possibilitado o contraditório e a ampla defesa, usados na formação da convicção do magistrado.

VII - EXCEÇÃO DE COISA JULGADA

No âmbito das questões incidentes que se apresentam no processo penal, destacam-se a exceção de litispendência e a de coisa julgada como exceções peremptórias, *id est*, que visam pôr termo à relação processual. Assemelham-se também por seu fundamento, qual seja a impossibilidade de se admitirem dois processos que versem sobre mesmo fato criminoso - princípio do *ne bis in idem*. Por outro lado, não se podem confundi-las, visto que na primeira vêem-se dois processos em andamento, ao passo que constitui pressuposto da segunda o julgamento definitivo de um processo anterior ao em que se quer alegar exceção.

Desde que haja identidade de demanda entre a ação proposta e uma já decidida definitivamente, pode-se propor exceção de coisa julgada. Fazendo uso, sempre salutar, das palavras de MIRABETE (1996, p. 219), "há identidade de demanda quando nos processos existirem as mesmas pessoas (*personae*), o mesmo pedido (*petitum*) e o mesmo fundamento (*causa petendi*).

Primeiramente, faz-se necessário, para a admissão desta exceção, que outra ação penal se dirija contra o mesmo acusado, julgado em processo anterior pela mesma conduta, a partir de igual pedido - a aplicação da sanção penal.

No que concerne ao fundamento do pedido, é válido observar que este se integra com o fato principal de que trata o art. 110, § 2º do CPP *supra* analisado, independentemente de sua classificação no rol dos ilícitos penais.

O que se impõe discutir, então, é a abrangência do fato principal, a fim de antever o alcance da *res judicata*. Parece ter atentado para a questão o Supremo Tribunal Federal (RT 615/358) ao entender, por maioria dos votos, "que a sentença absolutória não tinha feito coisa julgada impeditiva de nova ação penal contra o acusado como participante do mesmo crime, fôr autoria intelectual, já que a autoria material era imputada a outrem¹¹".

Julgam esmerada essa tese Paulo Lúcio NOGUEIRA (1995, p.136) e Júlio MIRABETE (1996, p. 220), este pugnando por "assimilar que o *fato principal* é constituído da conduta (ação ou omissão) que foi imputada ao acusado e não apenas o seu resultado", o

¹⁰ GRINOVER, *op. cit.*, p. 311.

¹¹ *Apud* NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de Processo Penal. 9. ed. Saraiva, 1995, p. 135.

que significa dizer que, *in casu*, não é só do resultado *morte* que se forma o fato principal, mas também de sua *autoria*. Outros caracteres da exceção de coisa julgada são os seguintes:

a) "não há *bis in idem* em processo que apura crimes em concurso material ou formal¹²".

b) o réu definitivamente absolvido pela justiça castrense não pode ser processado, pelo mesmo fato principal, na Justiça Comum¹³.

c) nas hipóteses de crime permanente e de crime habitual, há unidade de fato criminoso, fazendo coisa julgada material já no primeiro processo que lhes dê solução definitiva¹⁴.

d) ocorrendo duplicidade de sentenças condenatórias, "deve prevalecer a que primeiro transitou em julgado, pois não padece ela de qualquer nulidade¹⁵".

VIII - DIVAGAÇÕES FINAIS

Ao fechar das cortinas do presente estudo que se propôs a discutir, logo de início, ainda que a título propedêutico, as controvérsias que circundam a coisa julgada, permanece em nossas mentes dúvida no tocante a que objetivo busca esse instituto com mais vigor: a segurança ou a justiça? Ou seja, em qual das mãos de Têmis reside sua substância: na que erige a espada ou na que estabiliza o movimento da balança?

TORNAGHI (1977, p. 468) atenta para a inevitável exigência de que as lides tenham fim, sob pena de se estar, com isso, "ensejando e até perpetuando querelas que só conseguem perturbar a ordem e trazer o desassossego". A bem de ver, tal procedimento não se furta de engendrar sentenças injustas mas, continua o preclaro mestre, "a indefinida possibilidade de recorrer não obviaria esse mal, antes o agravaria: 1º porque, então, a sentença justa nunca estaria a salvo de reforma; 2º porque haveria sempre a possibilidade de multiplicar as injustiças".

Ademais, o Processo Penal não discute apenas a interferência sobre os atributos humanos exteriorizados, mas, fundamentalmente, sobre a alma humana, o que aflige sobremaneira o acusado desde quando se lhe dirige a acusação. Daí para seu julgamento, vive ele momentos intermináveis de tormentosa desumanidade, razão por que o preclaro jurista italiano Francesco CARNELUTTI (1995, p. 64), em obra que prova inequivocamente seu espírito humanista esclarecido, sentenciou: -O processo não pode durar eternamente. É um fim por exaurimento, não por atingir a finalidade. Um fim que se assemelha à morte antes que ao acabamento. Precisa contentar-se, necessita resignar-se".

Ex positis, ousamos situar o instituto objeto de nosso trabalho nos olhos cegos da deusa da justiça, alheios às impressões visuais corruptoras e ambíguas, para nos atermos a finalidades pragmáticas, porquanto, conforme nos leciona Domenico Barbero, o *pro ventafe habefur* não implica nenhum juízo de correspondência com a verdade, senão expressa uma

¹² MIRABETE, *op. cit.*, p. 220.

¹³ JESUS, Damásio de. Código de Processo Penal anotado. 12. ed. Saraiva, 1995, p. 121.

¹⁴ MIRABETE, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵ *Id.*, *ib.*, p. 221.

ordem de estabilidade e imutabilidade, à semelhança do estável e imutável que é a verdade¹⁶.

IX - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil coordenação Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do Processo Penal. Campinas: Conan, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *ef ai*. Teoria Geral do Processo. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

HUGO, Victor. O último dia de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Newton Compton Brasil, 1995.

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 12.ed. atual. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso completo de Processo Penal. 9.ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de Processo Penal. v. 1.200. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.

¹⁶ *Apud* THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 528.

ARTE E DIREITO

JOSÉ SOARES DE LIMA NETO

Acadêmico do Curso de Direito da UFRN – 4º período

Anteriormente ao meu ingresso no reservado mundo do estudo do direito, eu me furtava quase que instintivamente a mexer com o conhecimento ligado ao universo jurídico. É que, antes de entranhar-me nessa aventura, eu não conseguia ver vida, e nem morte, naquele mundo particular. Ele se afigurava grandalhão e indestrutível, mas ao mesmo tempo se mostrava de uma indeiscência imperdoável, distando uma légua de eficácia da vida social e aproximando-se mais e mais à esterilidade mortal.

No princípio do meu namoro acadêmico com o direito, eu lia aquelas obras que maçam, intérminas, com uma promiscuidade de substantivos abstratos e, enfadado daquele caldeirão de termos técnicos, delas fugia para tomar asilo nas belas-letas, minhas disponíveis amásias. E "vomitava o tédio"¹ da terminologia jurídica. Não pretendo, aqui, que os doutos escritores varram de seus livros a necessária e inevitável nomenclatura peculiar ao direito e à filosofia, mas que a eles acrescentem um pouco mais da sua sensibilidade humanal, das suas impressões morais, da sua ousadia comedida ou dos seus disparates indignados. Quero que estuprem o direito e depois me digam o que sentiram, e não apenas o que o exame de corpo de delito descreverá em seguida.

"Eu insulto o jurista-gelo! O jurista-catálogo, o jurista-fantochê! Ódio à impassibilidade indigesta! Fora! Fu! Fora o bom jurista²! ... "

Um trabalho científico, certamente, exige a preeminência da abstração, do substantivo, dos nomes sufixados com as terminações *-ia*, *-ismo*, *-dade*, *-ção*, *-mento* e outras. Mas para o homem não é bastante a percepção clara e fácil, através de um alude de designadores, do sentido do texto. O homem, sensível, reclama dramaticidade, mas não a dramaticidade apelativa ou sentimentalista, como num romantismo lírico-alvaresiano³, e sim a expressividade, a dramaticidade que marca, eleva e evidencia, que até o mais pleno mestre da estética pamasiana⁴, em sua grande frialdade realístico-descritiva, revelou - mesmo quando, na evidente tentativa de escapar à realidade, representava poeticamente simples objetos (como nos sonetos *Vaso grego* e *Vaso chinês*).

O que é, então, dramatizar? É intensar para sobressair. Mas a idéia deve ser

¹ Expressão de Cartas Drummond de Andrade na sua poesia A FLOR E A NÁUSEA.

² Paródia da poesia ODE AO BURGUESES, de Mário de Andrade.

³ De Álvares de Azevedo (1831-1852), poeta da segunda geração romântica.

⁴ Trata-se de Alberto de Oliveira (1857-1937).

exacerbada dentro de uma certa objetividade, e não com o intuito restrito de causar como~o no ânimo das pessoas. É preciso "vestir a Idéia duma forma sensível⁵". E isso é didático, e revela sentimento artístico. Para que o sentido de um texto seja absorvido com firmeza pelo entendimento humano, necessário esmerar-se na feitura da linguagem que virá de arrimo à idéia do escrito, como o fez o primeiro "Príncipe dos Poetas":

*"Invejo o ourives quando escrevo:
Imito o amor
Com que ele, em ouro, o alto-relevo
Faz de uma flor.
Imito-o. E, pois, nem de Carrara⁶
A pedra firo:
O alvo cristal, a pedra rara,
O ônix prefiro⁷."*

Não defendo, nestas entrelinhas, o leguleio, o "escravo de rara humildade⁸" que serve, convicto e irredutível, à letra da lei. "As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei⁹: Elas não são onipotentes, senão impotentes para tudo abarcar. Sozinhas, esmorecem na cova do esquecimento, e o esquecimento é a força já velhentada¹⁰. A lei, enquanto desenhada numa folha de papel, não subsiste sem um espírito que a vivifique, sem um sopro que a fecunde. E quem a soprará, fogueando-a, para remi-la do código encapado, será o homem, o magistrado, e todos que a ele se juntem para fazer valer o direito.

Deste modo, a aplicação do direito não resiste ao toque do juiz. Afinal, canaliforme, ele medeia entre a vida e a norma. O problema é que o exegeta vivificante não se escapole à sua condição de homem marcado com uma vida ímpar, nem foge de sua própria consciência. O fantasma da arbitrariedade ronda a judicatura. Em que medida influi a ira do homem-juiz na confecção de sua sentença? Qual o grau de subjetividade que informa o julgamento? Pois é precisamente a temibilidade desse influxo do alvedrio na atividade judicatória que resgata a autoridade do texto das leis.

Deveras, é a objetividade natural da lei que vem resguardar o cidadão do totalitarismo do juiz metido a legislador. Quando eu pugno pelo esmero no fraseado legal, faço-o não por mero capricho de positivista exegetico, mas sim para manter uma certa uniformidade na interpretação da lei. Exige-o a segurança jurídica, pois o juiz é o artista que ajusta a norma à vida, interpondo-se-lhes, mas se a norma for discutível, ele acabará legislando, pois a interpretará a seu talante. Por isso a orientação das disposições legais deve ser unívoca, e não equívoca. É o caráter paramétrico da lei que nos protege contra a ditadura dos togados alternativos, que querem editar suas próprias medidas provisórias.

O direito não pode desgovernar, ficar a esmo, deixando-se levar das vagas

⁵ *Un manifeste littéraire*, de Jean Moréas, simbolista francês, in: *Figaro Littéraire*. Paris, 17 de setembro de 1886. *Apud* NICOLA, p. 157.

⁶ Cidade da Itália famosa pela qualidade de seu mármore.

⁷ BILAC, Olavo. In: *O/avo Bilac- Poesia*. 2.ed. Rio de Janeiro: Agir, [20-). p. 39-43. *Apud* NICOLA, p.151.

⁸ Expressão de Carlos Drummond de Andrade na poesia O LUTADOR.

⁹ Versos tirados da poesia NOSSO TEMPO, de Cartas Drummond de Andrade.

¹⁰ Ver o último terceto do soneto DIÁLOGO, contido na obra *Tarde*, de Olavo Bilac.

interpretativas. Há de ser um conjunto cônico, compacto e unipolar cujos elementos são, todos e cada qual, de poderosa importância, afinal constituem o organismo maior. Por isso a necessidade do apuro na linguagem. já que cada palavra interessa à norma, e a norma toda presta a cada palavra; e, igualmente, cada norma importa ao direito, como o direito todo serve a cada norma. Trata-se, aqui, da interpretação sistemática da norma integrada, e do fato de que, como tantos outros fenômenos, também a palavra é social. Com efeito, uma reunião de palavras particulariza o sentido de. cada uma dessas partes que constituem o todo, como bem ilustra, com estilo gongórico, o nosso "Boca do Inferno", primeiro poeta brasileiro:

"O todo sem a parte não é todo; A parte sem o todo não é parte."¹¹

A reunião de palavras, portanto, além de precisar a significação das partes de per si, volta-se também para a constituição de uma idéia-todo. Na qualidade de exemplo, atente-se o que fez o maestro Tom Jobim em sua primorosa "Águas de Março", combinando de forma artística e com singular mestria os mais simples substantivos para dar relevo a uma única idéia: a de substância. Note-se, outrossim, que ele nem se utilizou da palavra *substância* para expressar essa idéia, ou seja, as partes estão em função do todo muito mais do que o todo se presta às partes.

*"É pau, é pedra, é o fim do caminho
É um resto de toco, é um pouco sozinho
É um caco de vidro, é a vida é o sol
É a noite, é a morte, é um laço, é o anzol
.....
É o pé, é o chão, é a marcha estradeira,
Passarinho na mão, pedra de atiradeira
É uma ave no céu, é uma ave no chão
É um regato, é uma fonte, é um pedaço de pão
É o fundo do poço, é o fim do caminho
No rosto o desgosto, é um pouco sozinho
É um estrepe, é um prego, é uma conta, é um conto
É um pingo pingando, é uma conta, é um ponto
É um peixe, é um gesto, é uma prata brilhando
É a luz da manhã, é o tijolo chegando
É a lenha, é o dia, é o fim da picada
É a garrafa de cana, o estilhaço na estrada"¹²*

¹¹ MATOS, Gregório de. In: WISNIK, José Miguel (org.). *Poemas Escolhidos*. São Paulo: Cultrix, 1976. p. 307. *Apud* NICOLA, p. 41.

¹² Tom Jobim revelou que esses versos musicados pretendiam fazer sobressair a idéia de substância em uma entrevista, exibida em 07/08/1997, com o professor Pasquale Cipro Neto, apresentador do programa *Nossa Língua Portuguesa*, da TV Cultura de São Paulo.

E esse tipo de recurso textual, presente na elevada composição música do saudoso Tom Jobim, pode ser encontrado igualmente no estudo do direito, tanto nas obras que se ocupam com doutrina - as quais se mostram na aparência divididas sem nexos, mas que em verdade revelam a fina flor, o todo, do pensamento do doutrinador -, quanto em atividades essencialmente jurídicas como, *exempli gratia*, "a comparação, a generalização e a abstração progressiva"¹³ das normas do direito positivo de um país a fim de descobrir os princípios que nortearam o legislador no tempo em que as elaborou. Foi a partir dessas observações que eu notei vida, que eu descobri arte no mundo jurídico.

Contudo, eu não achei arte somente nesses particulares do enorme reino do direito. Eu achei arte sobretudo naquilo que constitui a essência, a substância, de tudo o que se ocupa do direito: a relação eternamente problemática entre a realidade da vida social e a aplicação do direito positivo, entre a prática e a teoria, entre a matéria e a idéia. É que "a arte é sempre o que regula esta impressão da idéia numa matéria sensível"¹⁴, ou seja, é "a encarnação de uma idéia em uma matéria"¹⁵. Note-se, portanto, que aqui não se faz "distinção essencial entre as artes úteis e as belas-artes, entre o artesão e o artista. Nos dois casos, trata-se de fazer passar uma idéia (idéia de mesa, idéia de relógio, idéia de uma melodia, idéia de um monumento etc.) para a matéria, de encarná-la de algum modo"¹⁶.

Na busca incessante de aplicar reta mente a lei à situação particular e realizar justiça, o juiz é como um alfaiate, um artesão artista; ele ajusta a norma às particulares que acompanham os fatos assim como um alfaiate ajeita um terno em conformidade com as medidas singulares do corpo do freguês. Já o legislador, ao tentar pôr em ordem, segundo uma idéia natural de justiça, normas que expressem a boa convivência entre as pessoas, sofre tal qual um poeta, que padece com paciência, "trabalha, e teima, e lima, e sofre, e sua"¹⁷ para exprimir o que constrói idealmente:

*"Ah! quem há-de exprimir, alma impotente e escrava,
O que a boca não diz, o que a mão não escreve?
- Ardes, sangras. pregada à tua cruz, e, em breve,
Olhas, desfeito em lodo, o que te deslumbrava ...
O Pensamento ferve, e é um turbilhão de lava:
A Forma, fria e espessa, é um sepulcro de neve ...
E a Palavra pesada abafa a Idéia leve,
Que, perfume e clarão, refulgia e voava.
Quem o molde achará para a expressão de tudo?
Ai! quem há-de dizer as ânsias infinitas
Do sonho? e o céu que foge à mão que se levanta?
E a ira muda? e o asco mudo? e o desespero mudo?
E as palavras de fé que nunca foram ditas?
E as confissões de amor que morrem na garganta"¹⁸?!"*

"A atividade artística requer sempre trabalho, meditação das obras primas

¹³ Gusmão, p. 248.

¹⁴ JOLIVET, p. 337.

¹⁵ JOLIVET, p. 337.

¹⁶ *Idem*, p. 338.

¹⁷ Do soneto A UM POETA, contido na obra *Tarde*, de Olavo Bilac.

¹⁸ Soneto INANIA VERBA, da obra *Alma Inquieta*, de Olavo Bilac.

*da arte cultivada, o recolhimento, a reflexão paciente, o gosto da perfeição*¹⁹.” Não se pense que o estro é determinante no momento enigmático da produção poética. É preciso um trabalho aturado para dar lugar ao aparecimento de uma obra de arte. O artífice, além de sentimento artístico, precisa ter domínio da prática manual ou intelectual. Assim também ao juiz, não lhe basta o bom-senso ou a intuição, que equivalem à inspiração do poeta. O juiz deve ostentar muita prática, que no seu caso é a longa experiência jurídica, a qual inclui, por certo, uma profunda noção do direito, porque até para negá-lo é preciso conhecê-lo, e a intuição só existe se ainda não foi legalizada.

*"A prática está ao serviço da arte e a ela se subordina inteiramente. A obra de arte perfeita é aquela em que a prática mais sábia chega a não se distinguir da própria idéia e a desaparecer na expressão dessa idéia ou dessa forma. Assim J. S. Bach nas suas Cantatas, Rafael nas telas das salas do Vaticano, Racine em Athalie. A admiração vai diretamente, então, ao objeto, e o artista, enquanto artesão, se faz esquecer em favor de sua obra*²⁰”.

Diante disso, pode-se dizer que *"há beleza desde que uma idéia (ou forma) se ache encarnada, com as proporções devidas, em uma matéria*²¹. Ou seja, é a (in)consonância entre idéia e matéria que indica a (fealdade)beleza de um trabalho artístico. E a mão que escreve, pinta, esculpe e toca não obra sozinha, como que (sobre)naturalmente inspirada; pelo contrário, comanda-a a consciência, o escrúpulo, o pensamento, que em si encerra uma multidão de valores e de conceitos. Se não há preocupação, não há arte, porque arte é cultura, e cultura depende de deliberação humana.

Destarte, a chamada *arte moderna*, que pretende expressar a "verdadeira" atividade mental, pouco importando os conceitos de belo e feio, parece muito mais um fenômeno do reino animal do que do mundo dos homens. De feito, é próprio do bicho irracional agir instintivamente, irreflexivo, sem "qualquer preocupação estética ou moral"²², ao passo que o homem é racional e irresoluto. A arte moderna, então, aspira à infalibilidade, pois pretende que tudo que é manifestação do mundo interior seja belo. Logo ela não pode ser julgada, isto é, não se pode formar juízo crítico a respeito dela, o que vai de encontro à própria natureza seletiva-avaliadora do homem que, por pensar, olha, analisa e julga tudo que se lhe apresenta.

"A inteligência, com efeito, deve sempre intervir, do contrário não haveria mais percepção propriamente dita da beleza, uma vez que toda percepção da beleza supõe um juízo (implícito), que é obra apenas da inteligência"²³.

¹⁹ JOLIVET, p. 343.

²⁰ *Idem*, p. 344.

²¹ *Idem*, p. 339.

²² André Breton (1896-1970), em seu *Manifesto Surrealista*. Apud PORTO, p. 20.

²³ JOLIVET, p. 338.

A arte inventa, experimenta, modifica, tira, bota, ajeita, adorna, embelece. O homem, usando dela, busca, em todo o tempo, num esforço insatisfeito, alcançar "a Beleza, gêmea da Verdade²⁴" e orgasmo da quimera. É por isso que eu entendo o direito como *tentativa de embelezar a vida social*, e nele avisto arte. É tentativa porque se renova para retocar o mundo, e arte porque inova a vida - e "a vida só é possível reinventada²⁵" - para refiná-la:

A arte deve antes de tudo e em primeiro lugar embelezar a vida, portanto, fazer com que nós próprios nos tornemos suportáveis e, se possível, agradáveis uns aos outros: com essa tarefa em vista, ela nos modera e nos refreia, cria formas de trato, vincula os não-educados a leis de conveniência, de limpeza, de cortesia, de falar e calar a tempo certo. Em seguida a arte deve esconder ou reinterpretar tudo o que é feio, aquele lado penoso, apavorante, repugnante que, a despeito de todo esforço, irrompe sempre de novo, de acordo com a condição da natureza humana²⁶.

E para que o direito se aproxime cada vez mais da perfeição, do embelezo completo, é imprescindível que se leve por um velho ensinamento acerca da realidade. É que a igualdade é invenção dos preguiçosos, os quais não quiseram ter o trabalho de distinguir as pessoas e mentiram, um dia, que todos somos iguais. Ora, se inteligência é discernimento, discernimento é distinção, e Aristóteles foi reputado sábio porque tinha grande capacidade de ordenação dos conceitos, distinguindo-os para depois sistemá-los, então os mandriões igualitários, além de mentirosos, são uns ignorantes burricais. De fato, tratar igualmente os desiguais é um despautério. Não se pode presumir que um analfabeto tenha o mesmo grau de politização de um cidadão instruído; não se pode nivelar a esposa firme e familiar à concubina residual; e muito menos igualar homens e mulheres, seres tão distintos na vida e na responsabilidade.

"O que encontramos nas coisas mais semelhantes é a diversidade, a variedade. Como exemplo de semelhança perfeita citamos, com os gregos e os latinos, a existente entre os ovos; entretanto, houve indivíduos, em Delfos particularmente, que sabiam não somente distinguir de que galinheiro provinha o ovo, mas ainda de que galinha. A diferença introduz-se por si só em nossas obras e nenhuma arte pode chegar à similitude. Nem Perrozer²⁷ nem ninguém é capaz de polir e branquear o reverso de suas cartas a ponto de um jogador experimentado não as reconhecer simplesmente ao vê-las manuseadas. A semelhança não unifica na mesma proporção em que a dessemelhança diversifica. A natureza parece ter-se esforçado por não criar duas coisas idênticas²⁸.

O direito, portanto, tem de contemplar a diferença, a inelutável desigualdade, que permeia e regula a humanidade. Tem de render-se à evidência e à necessidade da

²⁴ Do soneto A UM POETA, da obra *Tarde*, de Olavo Bilac.

²⁵ Cecília Meireles, em seu poema *Reinvenção*. Apud NICOLA, p. 268.

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano, Demasiado Humano* – Um livro para espíritos livres. vol. 2, parágrafo 174.

²⁷ Célebre fabricante de cartas.

²⁸ Montaigne, *Ensaio: Da Experiência*.

desigualdade, e não forçar o igualamento de todos para satisfazer a um punhado de ideologias anarquizadoras e igualitárias, como sucede de presente. Afinal, o direito não é "como a torpe prostituta²⁹, que "não distingue os amantes³⁰". O direito, como a arte, tem por objeto o desigual. Com efeito, é a desigualdade de cores, diversa e harmonicamente combinadas, que possibilita, por exemplo, a arte de pintar. E é a coordenada disposição das diferentes feições das figuras traçadas que dá graça à arte da pintura. Basta lembrar a *beleza* que há na obra *A Última Ceia* (1497), do multívolo Leonardo Da Vinci, em que se pode perceber uma riqueza inigualável de proporcionalidade nos gestos dos discípulos de Jesus. É talo primor dessa obra de arte que, ao presente, uma quantidade imensurável de cristãos têm uma reprodução dela em suas casas sem saberem quem executou tão bela pintura. Como já se transcreveu anteriormente, "a admiração vai diretamente, então, ao objeto, e o artista, enquanto artesão, se faz esquecer em favor de sua obra".

Somente reconhecendo que o direito deve abarcar a desigualdade é que os legisladores, os magistrados, os doutrinadores, os advogados e outros que colaboram na edificação do direito conseguirão, verdadeiramente, cumprir com a missão que lhes cabe e que é como a de um poeta:

"A missão do poeta é pois o. apostolado da beleza, o dever de esfolhar coroas sobre todas as quadras da vida, enfeitá-las; enfeitiçá-las; e aí desses jardins da natureza colher as flores perfumosas da capela de sua lira, de sua harpa de trovador.

Como as aves do céu, como as flores da selva, como os clarões das noites, é sua missão dar cantos, perfumes, fulgores - espalhar recendências, derramá-lo gota a gota esse vaso de bálsamo que se chama a alma - como a Madalena - para perfumar essa passagem na terra que se chama - a vida"³¹.

Desse modo, convido todos os arquitetos do direito a, embelezando-o, embelezar também o corpo social que lhe corresponde. Porque a beleza surpreende, boquiabre, agrada, seduz, embevece; é o combate à degeneração e o triunfo da saúde. O corpo (social) belo e saudável não se envenena nem quer mudar-se com uma cirurgia plástica; não se subleva, mas, ao contrário, conserva-se e contenta-se, pois se admira.

"As coisas belas provocam a admiração, isto é, o espanto e o respeito. Elas espantam pelo que comportam de perfeição inesperada, de visão original e penetrante, de associações singulares, de combinações audaciosas. Inspiram uma espécie de respeito sagrado, pela revelação que trazem do mundo secreto das formas, e sobretudo, pela manifestação do poder que exercem sobre a inteligência humana. O homem se sente subjugado pela beleza"³².

A arte, enfim, endireite a vida. A arte, enfim, faça belo o mundo. E, assim, nós o suportemos, desta vez sem esperança, que é a ilusão que ainda sustenta os homens.

²⁹ Do poema 12 DE SETEMBRO, da obra *Lira dos Vinte Anos*, de Álvares de Azevedo.

³⁰ *vid* nota 28.

³¹ Do prefácio de *O Conde Lopo*, obra de Álvares de Azevedo.

³² JOLIVET, p. 340.

*"Mas bendito, entre os mais, o que, no dó profundo,
Descobriu a Esperança, a divina mentira,
Dando ao homem o dom de suportar o mundo³³"!*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Carlos Drummond de. Antologia poética. 11.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.
- BILAC, Olavo. Poesias. 26. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1956.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JOLIVET, Régis. Curso de Filosofia. 13.ed. Trad. Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: Agir, 1979.
- MONTAIGNE, Michel de. Ensaios. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova cultural, 1996. v.2.
- NICOLA, José de. Literatura Brasileira. São Paulo: Scipione, 1990.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras Incompletas. Trad. Rubens R. T. Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- PORTO, Mário Moacyr. Estética do Direito. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, v.1, n.1, p.17 -27, jul./dez. 1996.
- ROCHA, Hildon (Org.). Álvares de Azevedo, Poesias Escolhidas. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1971. , pp. 1185 e 1661.

³³ Do último terceto do soneto BENEDICITE, contido na obra *Tarde*, de Olavo Bilac.