

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Home page: www.fa7.edu.br

DIRETOR GERAL

Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO

Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO

Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA GERAL

Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES DE CURSOS:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Luiz Daniel de Albuquerque Dias

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Guy Barroso

Comunicação Social: Ismael Furtado

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Vol. 3, nº 1, Abril de 2006

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro /

Faculdade 7 de Setembro – v. 3, nº 1, (jan./dez. 2006) –
Fortaleza: Bookmaker, 2005.

v. 3 : il. 21 cm

Publicação anual

ISSN 1809-5836

1 – Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro –
FA7.

2 – Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Telefone: 85 – 4006-7600 – E-mail: fa7@fa7.edu.br

EDITOR

Felipe dos Reis Barroso

CONSELHO EDITORIAL

Agerson Tabosa Pinto

Alécio Saraiva Diniz

Ângela Teresa Gondim Carneiro

Danilo Fontenelle Sampaio

Ednilo Gomes de Soárez

Felipe dos Reis Barroso

Fernando Antônio Negreiros Lima

Ionilton Pereira do Vale

Isabelle de Menezes Ferreira

João Luis Nogueira Matias

José Feliciano de Carvalho

Luiz Dias Martins Filho

Maria Vital da Rocha

Natércia Sampaio Siqueira

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Regina Beatriz Tavares da Silva

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Fátima Porto

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Edwaldo Junior

Tiragem: 1.000 exemplares

PROJETO GRÁFICO

Book
e d i t o r a

ISSN 1809-5836

APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO

O curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7) tem vários motivos para comemorar a passagem do ano de 2006.

Em abril, o curso foi avaliado, pela comissão ad hoc do Ministério da Educação (MEC), com conceito 'muito bom' (CMB), que é o máximo que se pode conceder, em todas as três dimensões analisadas: projeto pedagógico, corpo docente e instalações físicas. Já em dezembro, a Comissão de Ensino Jurídico, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), concedeu parecer favorável ao reconhecimento do curso pelo MEC, dentre outras razões, porque "constatou que o projeto apresentado visa à excelência do ensino".

Dentre os eventos jurídicos e culturais organizados pelo curso, ressalte-se o II Encontro de Iniciação Científica, em junho de 2006, com apresentação de trabalhos de alto nível, por alunos do curso, orientados por nossos professores. Os quatro trabalhos que obtiveram as melhores notas estão aqui publicados.

Temos, last but not least, a satisfação de apresentar mais este volume da Revista Jurídica da FA7, com doutrina nacional e d'além-mar, prestando louvável contribuição ao estudo das ciências jurídicas.

Para a realização deste número, agradecemos à diretoria da faculdade, pelo apoio; aos articulistas, pela colaboração; e, de modo muito especial, ao prof. Felipe dos Reis Barroso, por todo o empenho pessoal dedicado à edição, o que inclui a tradução dos abstracts.

Ressaltamos que são sempre bem vindas as contribuições para os próximos números da revista, que agora abre espaço para outras modalidades de texto, conforme as normas de publicação explicitadas no final deste número.

Boa leitura e até a próxima,

Profa. Dra. Maria Vital da Rocha
Coordenadora do curso de Direito

Lista de abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
BGB – Bürgerliche Gesetzbuch
BGHZ – Bundesgerichtshof in Zivilsachen
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF/88 – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
Finsocial – Fundo de Investimento Social
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
HC – Habeas corpus
ISO – International Standardization Organization
JECC – Juizados Especiais Cíveis e Criminais
LEP – Lei de Execuções Penais
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
PIB – Produto Interno Bruto
RE – Recurso extraordinário
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO
SUMÁRIO
SUMÁRIO
SUMÁRIO
SUMÁRIO
SUMÁRIO

Dos Direitos da Personalidade (Isabel Cecília de Oliveira Bezerra)	11
Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en España, de Octubre de 2006 (Antonio Fernández de Buján)	24
A Incorporação da Função Social dos Contratos pelo Código Civil de 2002: Uma Inovação no Direito Brasileiro? (José Vander Tomaz Chaves)	65
Da Ação Rescisória nos Juizados Especiais Cíveis? Um Estudo à Luz do Conceito de Direito Fundamental de Acesso à Justiça (Fernando Antônio Negreiros Lima)	84
Carga Tributária e Gasto Público: Propaganda e Terceirização (Hugo de Brito Machado)	107
Direito Penal e Modernização (Agerson Tabosa Pinto)	118
Execução Provisória de Sentença Condenatória Recorrível (Paulo Quezado)	135
Da Vedação ao Tratamento Desumano e Degradante no Direito Brasileiro (Ionilton Pereira do Vale)	147
Os Elementos Éticos da Formação do Juiz Refletidos nas Suas Decisões (Maria de Fátima Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia)	159
Escola da Exegese (João Carlos Maia Neto)	171
Responsabilidade do Estado por Erro Jurisdicional (Orestes Lisboa Alves do Nascimento Filho)	182
Súmula Vinculante: Uma Análise à Luz do Princípio da Separação dos Poderes e do Livre Convencimento e Independência do Juiz (Rafaela Lima Teixeira)	194

Dos Direitos da Personalidade

ISABEL CECÍLIA DE OLIVEIRA BEZERRA

Especialista e Mestre em Direito pela UFC. Advogada da União.
Professora de Direito Civil e de Direito Processual Civil na FA7.
isabel.bezerra@oi.com.br

Sumário: 1) Introdução; 2) Evolução; 3) Terminologia; 4) Conceito; 5) Destinatários; 6) Previsão normativa; 7) Características; 8) Classificação; 9) Proteção jurídica; 10) Considerações finais; 11) Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho tem por finalidade o estudo dos direitos da personalidade, categoria de direitos assegurados aos seres humanos pelo simples reconhecimento de sua natureza humana, com a finalidade de resguardar a sua existência e dignidade, mediante a proteção dos seus atributos físicos, intelectuais e morais. Em seu bojo, realiza-se a análise de diversos aspectos gerais ao tema relacionados, como a evolução de sua teorização, a terminologia adotada para a categoria dos direitos em referência, seus diversos conceitos, destinatários ativos e passivos, previsão normativa no direito pátrio, principais características e classificações, e os diversos mecanismos disponibilizados pelo ordenamento para sua proteção jurídica.

Palavras-chave: Constitucional. Direitos. Personalidade.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a teorização dos direitos da personalidade é bastante recente, datando do final do século passado, muitas divergências existem a respeito desta nova categoria de direitos, fenômeno que se verifica não somente em nosso país, mas em diversos outros ordenamentos jurídicos.

Deste modo, a imaturidade do instituto desperta a necessidade de que a matéria seja estudada e desenvolvida, pressuposto inafastável para o seu pleno reconhecimento e aplicação pelos diversos segmentos da sociedade brasileira.

O presente trabalho, portanto, tem por finalidade contribuir para que os direitos da personalidade sejam definitivamente implementados em nosso ordenamento jurídico, mediante a explicitação de diversas informações relacionadas aos seus aspectos gerais.

2 EVOLUÇÃO

Em diversas épocas históricas, normas jurídicas isoladas conferiram proteção a aspectos singulares da personalidade humana, sem a preocupação, contudo, de que o próprio ser humano era merecedor de respeito e consideração.

Somente com o Cristianismo, o Direito Natural e o Iluminismo, foram implementadas concepções iniciais de que ao homem deveriam ser assegurados direitos essenciais de existência e dignidade.

O positivismo, entretanto, impediu o florescimento da teorização dos direitos da personalidade. Durante muitos anos, o reconhecimento da existência dos direitos da personalidade foi negado pelas concepções doutrinárias positivistas sob o argumento de que não se fazia possível a existência de direitos da pessoa sobre a própria pessoa, sendo inadequado o entendimento de que o ser humano pudesse ser objeto de direito.

A catástrofe implementada pela Segunda Guerra Mundial exigiu dos juristas a reformulação dos seus conceitos. Principalmente na Alemanha, após o citado evento, viu-se a necessidade de que fossem resguardados, com maior intensidade, os direitos essenciais da pessoa humana.

Após o termo da Segunda Guerra Mundial, desastroso evento que resultou na dizimação física e psíquica de milhares de seres humanos, os juristas alemães foram conduzidos ao aprimoramento dos **direitos que se faziam necessários para o asseguramento da existência e da dignidade humana**, culminando com a teorização dos direitos da personalidade.

Consoante doutrina Henrich Lehmann¹, jurista alemão:

La época posterior a la guerra mundial trajo para Alemania una posición fundamentalmente nueva frente a la valoración de los bienes de la vida. Se rompió con la valoración jurídica romana, según la que el Derecho Privado es, em primer término, derecho patrimonial, y la propiedad constituye el eje del sistema jurídico. Frente a ello se situo em primer término al hombre, a la personalidad humana, como miembro más valioso y creador de valores de todo el organismo social, pronunciándose así la supremacía del hombre vivo frente a las cosas muertas.

¹ LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Vol. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. Pág. 577.

Após a superação da Segunda Grande Guerra, portanto, iniciou-se o desenvolvimento doutrinário ou a teorização dos direitos da personalidade, a partir da análise de decisões jurisdicionais prolatadas na Alemanha, em casos concretos apreciados por julgadores que reconheciam **a existência de uma nova categoria de direitos merecedores de especial proteção.**

Larenz², a propósito, também jurista alemão, destaca que:

Na Alemanha, a sensibilidade, depois da guerra, em face de toda sorte de menosprezo à dignidade humana e despreço à personalidade por parte do Estado e a multiplicação dos atentados a esta por particulares em razão dos progressos da técnica moderna, **incentivaram os tribunais a reconhecer, com fundamento em artigos da Constituição, o denominado direito geral da personalidade, isto é, o direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas dignas de tutela jurídica, assim como na sua esfera privada e íntima** (grifo nosso).

Com efeito, consoante notícia Erasmo M. Ramos, doutorando em Direito pela Universidade de Frankfurt - Alemanha, **foi uma decisão jurisdicional do Tribunal Superior Alemão de 1954** (BGHZ 13, 334) **a primeira a reconhecer a existência de direitos intrínsecos à personalidade humana**, ao assegurar a um determinado indivíduo o direito ao respeito e ao desenvolvimento de sua personalidade, a partir da aplicação do § 823 do BGB³. Desde então, não parou de crescer o desenvolvimento da matéria, tanto na Alemanha como em outros países do mundo.

3 TERMINOLOGIA

A teorização dos direitos da personalidade, como vimos, foi desenvolvida inicialmente pelos juristas alemães, sendo estes os principais responsáveis pela definição dos seus elementos básicos, dentre os quais sua designação terminológica: *individualrechte* (direitos individuais), *individualitätsrechte* (direitos da individualidade), *personalitätsrechte* (direitos da personalidade) ou ainda *persönlichkeitesrechte* (direitos da individualidade e direitos sobre a própria pessoa).⁴

A divergência terminológica da doutrina alemã repercutiu na doutrina brasileira, sendo a matéria inicialmente denominada *direitos subjetivos*, *direitos*

² GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Págs. 251/252.

³ RAMOS, Erasmo. Estudo Comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, volume 799, p. 11-32, maio 2002. Pág. 26.

⁴ FRANÇA, Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 935.

*essenciais, direitos fundamentais, direitos pessoais, direitos individuais, direitos personalíssimos, e direitos privados da personalidade*⁵, até finalmente firmar-se como **direitos da personalidade**, sendo esta, atualmente, a terminologia comumente utilizada pela doutrina, jurisprudência e legislação nacionais.

Com efeito, os direitos da personalidade são **direitos subjetivos** (direitos assegurados pelo direito objetivo aos sujeitos de direito), **essenciais, pessoais** (direitos cujo exercício se assegura à pessoa do seu titular) e **individuais**, mas nem todos os direitos subjetivos, essenciais, pessoais e individuais são direitos da personalidade; alguns direitos de personalidade são **direitos fundamentais**, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade; os direitos de personalidade são **direitos personalíssimos** (direito exclusivo ou privativo do respectivo titular), mas nem todos os direitos personalíssimos são direitos da personalidade; e, finalmente, os **direitos privados da personalidade** são apenas uma espécie do gênero direitos da personalidade, posto que se reconhece a existência de direitos públicos da personalidade, aqueles decorrentes de normas jurídicas de direito público.

Devemos esclarecer, ademais, consoante alerta Erasmo M. Ramos⁶, que a denominação direitos **de** personalidade deve sobrepor-se a direitos **da** personalidade, posto que os direitos de que tratamos não são titularizados pela personalidade, mas pelos sujeitos que a possuem.

4 CONCEITO

A **personalidade** não se confunde com os **direitos da personalidade**. Por **personalidade** se entende a qualidade do sujeito que lhe permite adquirir direitos e obrigações, a qualidade que confere aptidão ao seu respectivo titular, para ser sujeito ativo ou passivo de direitos. Por **direitos da personalidade**, a seu turno, devemos conceber a **categoria de direitos reconhecidos aos seres humanos e necessários à sua existência e dignidade**.

Se entendermos que os direitos da personalidade são uma categoria de direitos, adotamos, portanto, a **concepção pluralista**. Orlando Gomes⁷, a propósito, doutrina que os direitos da personalidade podem ser concebidos, segundo uma **concepção unitarista**, ou segundo uma **concepção pluralista**. A primeira, adotada no Direito Suíço, reconhece os direitos da personalidade como aqueles decorrentes do **direito geral da personalidade**, os quais não recebem conteúdo específico, sendo

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. O Direito Civil na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Pág. 45.

⁶ Idem 3. Pág. 12.

⁷ Idem 2. Págs. 252/254.

identificados, delimitados e protegidos, nos casos concretos, pela jurisprudência. A segunda entende que por direitos da personalidade deve-se entender a **categoria dos diversos direitos específicos da personalidade** reconhecidos juridicamente e reunidos por características comuns, sendo adotada pela maioria dos ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro.

O estudo da matéria, ademais, nos levou à observação de que os direitos da personalidade não podem ser conceituados de modo **amplo**, ou seja, como a categoria dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico às **pessoas físicas ou jurídicas**, pelo simples fato de serem detentoras de **personalidade jurídica**, posto que os direitos da personalidade foram teorizados para **a garantia de direitos essenciais aos seres humanos, sendo estes os seus únicos destinatários**.

E o que podemos entender por direitos da personalidade?

Jorge Miranda⁸ enumera alguns conceitos clássicos formulados sobre os direitos da personalidade, dentre os quais o elaborado por Cabral de Moncada, para quem direitos da personalidade *“são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver”*; por Gomes da Silva, como *“aspectos imediatos da exigência de integração do homem”*; por Orlando de Carvalho, no sentido de *“condições essenciais ao seu ser e devir”*; por Adriano de Cupis, para quem os direitos da personalidade *“revelam o conteúdo necessário da personalidade”*, tendo por objeto *“não algo de exterior do sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa”*; por Adriano Vaz Serra, como *“direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade”*; e por Carvalho Fernandes, como *“bens da personalidade física, moral e jurídica.”*

Além disso, doutrina Erasmo M. Ramos⁹ que os direitos da personalidade são *“os que afetam a própria personalidade de forma direta ou indireta e que devem ser exercitados pela própria pessoa violada”*.

Segundo Silvio Rodrigues¹⁰, os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, insusceptíveis de serem destacados do seu respectivo titular e a estes relacionados permanentemente.

R. Limongi França¹¹, após esclarecer que os direitos de personalidade são aqueles cujas relações jurídicas incidem sobre a própria pessoa, conceitua-os como *“as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”*

Para Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade devem ser concebidos como os direitos incidentes sobre os modos de ser físicos, intelectuais e morais da

⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Págs. 55/56.

⁹ Idem 3. Pág. 15.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Parte Geral. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Pág. 81.

¹¹ Idem 4. Pág. 935.

pessoa, compreendendo-se prerrogativas ínsitas em sua personalidade e em suas projeções para a sociedade. São os direitos que se destinam à salvaguarda das prerrogativas próprias e ínsitas da natureza humana¹².

Para arrematar, Maria Helena Diniz¹³ ensina que os direitos da personalidade são os direitos subjetivos de defesa dos bens jurídicos que são próprios aos seus titulares, como a integridade física, intelectual e moral.

Por fim, concebemos dos direitos da personalidade como **a categoria de direitos assegurados aos seres humanos pelo simples reconhecimento de sua natureza humana, com a finalidade de resguardar a sua existência e dignidade, e mediante a proteção dos seus atributos físicos, intelectuais e morais.**

5 DESTINATÁRIOS

Consoante esclarecemos acima, os direitos da personalidade não são categoria de direitos assegurados às diversas **pessoas físicas ou jurídicas**, pelo simples fato de serem detentoras de **personalidade jurídica**, pois foram teorizados para **a garantia de direitos essenciais aos seres humanos, sendo estes os seus únicos destinatários ativos.**

Os seres humanos, portanto, são os titulares dos direitos de personalidade, sem distinção de qualquer natureza, ou em decorrência da sua origem, raça, sexo, cor, idade, ou religião. A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade de todos os homens 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.

Ademais, considerando que os direitos da personalidade são direitos absolutos ou *erga omnes*, pode-se inferir que os **destinatários passivos** da relação jurídica envolvendo os direitos da personalidade **são todos os membros da sociedade.** Em outros termos, **todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, são juridicamente obrigadas ao respeito dos direitos da personalidade**, sob pena de incursão nas sanções penais e civis previstas no ordenamento jurídico. Com efeito, consoante doutrina Mario Rotondi¹⁴ os direitos da personalidade são *“derechos subjetivos eminentemente absolutos, que miram a tutelar la integridad física y moral del individuo, imponiendo a la universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce em el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajuna.”*

¹² Idem 5. Pág. 45.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º Volume. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Pág. 102.

¹⁴ ROTONDI, Mario. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Editorial Labor, 1953. Pág. 195.

6 PREVISÃO NORMATIVA

Os direitos da personalidade encontram previsão normativa em diversas leis constitucionais, civis e penais, fenômeno verificado tanto no Brasil como em diversos outros países.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade encontram-se dispostos principalmente na Constituição Federal de 1988, no Código Civil Brasileiro e no Código Penal Brasileiro, existindo ainda outras normas jurídicas que regulam a matéria.

Devemos ressaltar, contudo, que muito embora a maioria dos direitos da personalidade encontre previsão expressa em dispositivos normativos do ordenamento jurídico pátrio, existem direitos de personalidade não estabelecidos legalmente, mas reconhecidos unicamente pelo **costume** e/ou pela **doutrina**¹⁵.

A Constituição Federal dispõe sobre os direitos de personalidade principalmente no seu artigo 5º, *caput* e incisos I, III, V, VI, VIII, IX, X, XII, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXV, XLI, XLII, XLIII, XLIX, LX, e LXXVI.¹⁶ Também podemos considerar normas jurídicas nacionais constitucionais, nos moldes do artigo 5º, § 2º, os dispositivos do Pacto São José da Costa Rica, nos termos do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

¹⁵ Idem 4. Pág. 937.

¹⁶ Dispõe a Constituição Federal: "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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...) LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito; (...) § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

O Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, reservou especial capítulo para a matéria, disciplinando-a nos seus artigos 11 a 21¹⁷.

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a seu turno, que instituiu o Código Penal Brasileiro, prevê a tipificação de diversos delitos e respectivas sanções penais para os responsáveis por violação dos direitos da personalidade.

Ademais, o Direito Brasileiro ainda dispõe de outras normas jurídicas que asseguram proteção especial aos direitos da personalidade, como por exemplo, a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas; a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação; as Leis nº 4.117, de 27 de agosto de 1962 e nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que estabelecem normas sobre radiodifusão; a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre direitos autorais; a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a Lei nº 6015 de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, a Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a identificação criminal, e muitas outras.

¹⁷ Dispõe o Código Civil Brasileiro: "Art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

7 CARACTERÍSTICAS

Ao estudarmos a terminologia dos direitos da personalidade, vimos que os mesmos são **direitos subjetivos** (direitos assegurados pelo direito objetivo aos sujeitos de direito), **essenciais** (direitos indispensáveis aos seres humanos), **pessoais** ou **individuais** (direitos cujo exercício se assegura à pessoa do seu titular) e **personalíssimos** (direitos exclusivos ou privativos do respectivo titular). Estas características, contudo, não são conferidas unicamente aos direitos da personalidade, mas a diversos outros direitos.

Muitos outros atributos podem ser conferidos aos direitos da personalidade, sendo capazes, quando considerados conjuntamente, de os distinguir de outras categorias de direitos.

Para citar apenas algumas manifestações doutrinárias, podemos destacar que Maria Helena Diniz¹⁸ doutrina que *“os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis”*; para Silvio Rodrigues¹⁹ os direitos da personalidade são *“inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis”*; para Carlos Alberto Bittar²⁰ os mesmos direitos são *“intransmissíveis, indispensáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes.”*

Para o nosso entendimento, os direitos da personalidade são dotados das seguintes características:

São **direitos subjetivos**, posto que assegurados pelos ordenamentos jurídicos, de modo explícito ou implícito, aos seus sujeitos de direito;

São **direitos essenciais**, eis que são indispensáveis à própria existência e dignidade dos seres humanos;

São **direitos pessoais ou individuais**, pois o seu exercício se assegura à pessoa do seu respectivo titular;

São **direitos personalíssimos**, porque o seu exercício se assegura exclusivamente ou privativamente ao seu titular;

São **direitos vitalícios**, ou seja, são direitos que acompanham toda a vida dos seres humanos, desde o seu nascimento até a morte.

São **direitos indisponíveis**, posto que, na maioria dos casos, são direitos excluídos do âmbito de disposição onerosa ou gratuita dos respectivos titulares. Desta característica decorre sua inalienabilidade, ou seja, a impossibilidade de sua disposição onerosa. E neste sentido dispõe o artigo 13 do Código Civil Brasileiro

¹⁸ Idem 13. Pág. 100.

¹⁹ Idem 10. Pág. 81.

²⁰ Idem 5. Pág. 48.

que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Mas se admite, nos moldes do artigo 13, parágrafo único, e 14, do Código Civil Brasileiro, a disposição do próprio corpo, desde que gratuita, para fins de transplante, ou depois da morte, com “objetivo científico, ou altruístico”.

São **direitos irrenunciáveis**, eis que não podem ser objeto de renúncia, expressa ou tácita, consoante estabelece expressamente o artigo 11 do Código Civil Brasileiro. Não podem ser recusados, rejeitados, dispensados, renegados, abdicados ou abandonados por atos voluntários dos seus titulares.

São **direitos intransmissíveis**, pois não podem ter sua titularidade transferida de pessoa para pessoa, em decorrência de manifestação volitiva do seu titular, de outras pessoas físicas ou jurídicas, ou do próprio Estado. Encontra-se previsto no artigo 11 do Código Civil Brasileiro. Desta característica decorre sua **impenhorabilidade, inexpropriação e imprescritibilidade**.

São **direitos absolutos** ou *erga omnes*, ou seja, são direitos oponíveis contra todos os membros da sociedade, contra todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público.

São **direitos não patrimoniais**, ou seja, são direitos juridicamente reconhecidos independentemente de qualquer avaliação econômica ou mesmo da existência de qualquer expressão econômica.

8 CLASSIFICAÇÃO

R. Limongi França²¹ foi um dos primeiros doutrinadores brasileiros a se preocupar com o estudo sistematizado dos direitos da personalidade, sendo de sua autoria a **principal classificação dos direitos da personalidade**.

Partindo da consideração de que os diversos direitos da personalidade correspondem a determinados **aspectos da personalidade**, classificou os direitos da personalidade em três grandes blocos, posteriormente exemplificados, de modo amplo, por Maria Helena Diniz²²:

Direitos à integridade física: 1.1. Direito à vida: os diversos direitos relacionados à concepção e à descendência (gene artificial, inseminação artificial, inseminação de proveta, etc); ao nascimento (aborto); ao leite materno; à procriação e ao planejamento familiar (limitação de filhos, esterilização masculina e feminina, pílulas e suas conseqüências); à proteção do menor (pela família e sociedade); à alimentação; à habitação; à educação; ao trabalho; ao transporte adequado; à segurança e integridade física; ao aspecto físico da estética humana; à proteção

²¹ Idem 4. Págs. 939/941.

²² Idem 13. Pág. 101.

médica e hospitalar; ao meio ambiente ecológico; ao sossego e ao sono; ao lazer; à locomoção; ao desenvolvimento vocacional profissional e artístico; à liberdade; ao prolongamento artificial da vida; à reanimação; à velhice digna; à eutanásia e outros.

1.2. Direito ao próprio corpo vivo e/ou morto: os diversos direitos relacionados ao espermatozóide, óvulo, ao útero, ao cabelo; ao exame médico; à transfusão de sangue; à alienação do sangue; ao transplante; à experiência científica; à sexualidade, ao transexualismo, à alteração do próprio sexo; ao sepulcro, à cremação; ao culto religioso e outros.

Direitos à integridade intelectual: os diversos direitos relacionados à liberdade de pensamento, à autoria científica, artística e/ou literária, à invenção, ao esporte e ao espetáculo.

Direitos à integridade moral: os diversos direitos relacionados à liberdade civil, política e/ou religiosa; à honra; à honorificência; ao recato; ao segredo pessoal, doméstico, político, religioso e/ou profissional; à imagem; ao aspecto moral da estética humana; à identidade pessoal, familiar e/ou social; à identidade sexual.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar classifica os direitos da personalidade em **direitos físicos** (direito à vida, à integridade física, ao corpo, a partes do corpo, ao cadáver e às suas partes, à imagem, à voz), **direitos psíquicos** (direito à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica, ao segredo), e **direitos morais** (direito à identidade, à honra, ao respeito, às criações intelectuais)²³.

Outras classificações dos direitos da personalidade podem ainda ser explicitadas, como a formulada por J. J. Gomes Canotilho, que defende que os direitos de personalidade abarcam os **direitos de estado** (direito à cidadania), os **direitos sobre a própria pessoa** (direito à vida, à integridade moral e física, à privacidade), os **direitos distintivos da personalidade** (direito à identidade pessoal, à informática) e **direitos de liberdade** (direito à liberdade de expressão)²⁴.

9 PROTEÇÃO JURÍDICA

O ordenamento jurídico nacional atribui especial proteção constitucional, penal e civil, aos direitos da personalidade, impedindo a sua **violação** ou **ameaça**, quer pelos particulares, quer pelo próprio Estado.

Proteção constitucional: os principais direitos da personalidade constituem **direitos fundamentais**, previstos na Constituição Federal como normas jurídicas de hierarquia superior, sendo direcionadas à obediência dos particulares e do próprio Estado. Além disso, a mesma Constituição Federal prevê diversas **garantias institucionais e processuais** com o objetivo de defender os direitos da personalidade.

²³ Idem 5. Pág. 46/47.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. Pág. 396.

Proteção penal: a maioria dos direitos da personalidade são objeto de tutela específica do Direito Penal, que estabelece **sanções penais** contra os indivíduos que violam os referidos bens jurídicos, ora no próprio Código Penal, ora em diversas leis penais especiais.

Proteção civil: os direitos da personalidade, no âmbito civil, são tutelados por normas jurídicas que estabelecem **meios processuais específicos** em defesa dos direitos da personalidade *in natura*, visando a abstenção de quaisquer práticas danosas, bem como a possibilidade da **reparação patrimonial** por sua violação, mediante a indenização pelos danos materiais e morais sofridos. Neste sentido dispõe expressamente o artigo 12 do Código Civil Brasileiro, que *“pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”*.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A catástrofe implementada pela Segunda Guerra Mundial despertou a necessidade de que fossem resguardados, com maior intensidade, os direitos essenciais da pessoa humana. O lamentável evento conduziu inicialmente os juristas alemães ao aprimoramento dos direitos que se faziam necessários ao asseguramento da existência e da dignidade humana, culminando com a teorização dos direitos da personalidade, que se expandiu posteriormente pelo mundo inteiro.

A nova categoria de direitos submeteu-se a divergências terminológicas, as quais foram superadas pela adoção da denominação direitos da personalidade, comumente utilizada pela doutrina, jurisprudência e legislação atuais.

Seguindo a orientação doutrinária precedente, os direitos da personalidade, de um modo geral, devem ser concebidos como a categoria de direitos assegurados aos seres humanos pelo simples reconhecimento de sua natureza humana, com a finalidade de resguardar a sua existência e dignidade, e mediante a proteção dos seus atributos físicos, intelectuais e morais.

São direitos assegurados aos seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, e exigem o respeito de todos os membros da sociedade.

Além disso, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se previstos de modo implícito (costume e doutrina) ou explícito (Constituição Federal de 1988, Código Civil Brasileiro, Código Penal Brasileiro, e outras normas jurídicas), podendo ser caracterizados como direitos subjetivos, essenciais, pessoais ou individuais, personalíssimos, vitalícios, indisponíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, intransmissíveis, impenhoráveis, inapropriáveis, imprescritíveis, absolutos, e não patrimoniais.

Finalmente, devemos destacar que por sua indubitável relevância, encontram proteção jurídica em níveis constitucional, penal e civil.

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º v. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LEHMANN, Heinrich. **Tratado de Derecho Civil**. Parte General. Vol. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

RAMOS, Erasmo. Estudo Comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, volume 799, p. 11-32, maio 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral**. Volume 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROTONDI, Mario. **Instituciones de Derecho Privado**. Barcelona: Editorial Labor, 1953.

ON THE RIGHTS OF PERSONALITY

Abstract: This work aims to study the rights of personality, group of rights that protects all human beings only as a result of its nature. These rights aim to guarantee the existence and dignity of human beings by means of the protection of their physical, intellectual and moral values. It is analysed the various aspects related to the evolution of the theories, the concepts and terminology related to this theme, as well as normative prevision of these rights, their main characteristics and classification and different available mechanisms to protect them by the application of legal principles.

Keywords: Constitution. Rights. Personality

Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en España, de Octubre de 2006

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid. Vocal de la Ponencia del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.
antonio.bujan@uam.es

Sumario: 1) Introducción. El iter prelegislativo de la jurisdicción voluntaria. 2) Novedades del Proyecto de Ley respecto del Anteproyecto de junio de 2006. 3) Elementos constitutivos del núcleo esencial de la reforma legal. 4) Propuestas de mejora del texto normativo. Especial mención a la ausencia de reserva jurisdiccional y al menoscabo de garantías en el procedimiento judicial. 5) Reflexiones críticas sobre cuestiones varias. 6) Procedimiento común a Jueces y Secretarios Judiciales. 7) Sustancial modificación del marco competencial. 8) De los Procedimientos Especiales. 9) De las Disposiciones Complementarias. 10) Valoración global final del nuevo marco normativo de la Jurisdicción Voluntaria.

Síntesis: La sustancial modificación del marco competencial se configura como la más relevante novedad de la reforma: se deslinda entre las competencias que continúan atribuidas a los Jueces y aquellas otras que, en el ámbito de la propia JV, se atribuyen a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y se procede a la redistribución de competencias entre Jueces y Secretarios Judiciales, en el seno del órgano jurisdiccional. La configuración institucional de Notarios y Registradores como agentes de la JV, la posibilidad de acudir de forma opcional a uno u otro operador jurídico en determinadas materias, la ausencia de reserva jurisdiccional, la administrativación de la institución, y el mantenimiento de la JV en el marco del ejercicio pacífico de los derechos, podrían ser asimismo considerados los núcleos esenciales del texto prelegislativo.

1 INTRODUCCIÓN. EL ITER PRELEGISLATIVO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El pasado veinte de octubre, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, JV, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil. En el marco del Estado constitucional de Derecho, la reforma de la JV era una de las piezas que quedaba todavía por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia, dado que el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000, había optado, en lo que constituye la primera novedad respecto de las leyes procesales anteriores, por regular la JV en una Ley específica, siguiendo también en este punto el modelo constitucional alemán

La ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa, establece en su Disposición Final 18ª que: < En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria>. El cumplimiento del mandato del legislador, impregnado de voluntarismo político, en lo atinente al breve plazo previsto, ante la magnitud y complejidad de la tarea, se inicia, en el año 2002, con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, compuesta de siete miembros, a la que se encarga la elaboración de un texto preparatorio de Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria²⁵

En junio de 2005, la Ponencia concluye su Propuesta de Anteproyecto, con un contenido de 308 artículos y Diez Disposiciones Complementarias, <valoradas y tenidas muy en cuenta- conforme se afirma en su Exposición de Motivos- las observaciones que a su articulado le fueron formuladas por las Secciones de Derecho Mercantil y de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación>.

El texto normativo elaborado por la Ponencia, es publicado en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia en octubre del año 2005 como Anteproyecto

²⁵ El presente estudio se realiza en el marco del Proyecto de Investigación ,del que el autor es el Investigador Principal, SEJ 2005-08535. La reforma en curso de la jurisdicción voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro y Derecho Comparado.

Vid, entre otros autores, en relación con las más recientes aportaciones en la materia : Fernández de Buján, La Jurisdicción Voluntaria. Madrid 2001; Id. La reforma de la Jurisdicción Voluntaria : problemas, interrogantes, soluciones, La Ley, 23-3-2005; Id. El nuevo perfil de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídico privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales. La Ley, 8-6-2006 Id. La Jurisdicción Voluntaria. El Anteproyecto de junio de 2006, en El Notario del siglo XXI, agosto de 2006; De Prada González, En torno a la futura ley de jurisdicción voluntaria, en El Notario del siglo XXI, diciembre 2005; Seoane Cacharrón, Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006, La Ley, 28-9-2006 , y la bibliografía citada . en estos estudios

de Jurisdicción Voluntaria: <como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión>, según se afirma en la Nota Editorial , que antecede a la Memoria Explicativa que acompaña al texto normativo, integrado por una Exposición de Motivos, 306 artículos y 10 Disposiciones Complementarias.

La puesta en marcha de la maquinaria legislativa, a partir de este primer paso relevante del prelegislador, continua con la revisión interna en el Ministerio de Justicia de la Propuesta de la Ponencia y su materialización en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, e integrado por una Exposición de Motivos, ciento ochenta y cuatro artículos, repartidos en nueve Títulos, y dieciocho Disposiciones Complementarias, de las cuales ocho son adicionales, una transitoria, una derogatoria y ocho finales.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, consta de una Exposición de Motivos, 202 artículos, distribuidos en X Títulos y 17 Disposiciones Complementarias y reproduce ,con escasas modificaciones, a las que me refiero en el apartado siguiente, el texto del Anteproyecto de Ley de junio de 2006.

La vigente regulación de la JV, se contiene, en la mayoría de sus manifestaciones, en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La previsión en el Proyecto de un procedimiento global y unitario, que sustituirá al conjunto de disposiciones parciales contenidas en la primera y segunda parte del Libro III de la Ley de 1881, por el que se regirán los expedientes sustanciados ante Jueces y Secretarios Judiciales, debería suponer la inclusión en la nueva Ley de los procedimientos que se creen en el futuro, por razones de coherencia formal, sistemática e incluso educativa de la propia legislación. Parece percibirse, en este sentido, en el espíritu del prelegislador, una clara voluntad codificadora de la materia – con excepciones opinables, en atención a su clara naturaleza voluntaria, que cabría tan sólo justificar por respeto a la sistemática vigente, derivada de su inclusión en la LEC, como pueden ser, las diligencias preliminares, la separación y divorcio por mutuo consenso, el reconocimiento de eficacia civil a las resoluciones de tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y a las resoluciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, o la puesta en posesión de bienes a quien los hubiere obtenido por herencia, si no estuvieren poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario – que se ha materializado en el traslado de otros cuerpos legales, como el Código Civil, el Código de Comercio o la Ley Hipotecaria, de procedimientos singulares al texto normativo del Proyecto..

Desde que, por primera vez, se procedió a contraponer la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria en un texto del Digesto de Justiniano, correspondiente a un jurista clásico romano, del siglo III de nuestra era, se entiende, hasta el momento presente, por actuaciones de JV., en sentido estricto, aquellos

supuestos en los que se prevé en una norma jurídica de derecho material, la intervención de la autoridad judicial, a solicitud de uno o varios promoventes, o bien de oficio, o a instancia del Ministerio Público, sin que exista proceso, es decir, contienda por lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, o conflicto de intereses relevante inter partes.

Es la JV, por otra parte, una institución caracterizada por la estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos, por la interrelación entre la norma procedimental y la base de derecho material sobre la que se sustenta, así como por la relevante trascendencia práctica de muchos de sus procedimientos, como por ejemplo los atinentes a: conciliación, reconocimiento de la filiación no matrimonial, tutela, curatela, guarda de hecho, acogimiento familiar, adopción, declaración de ausencia y fallecimiento, protección de personas con discapacidad, aceptación de una herencia, intromisiones en el honor, intimidad o propia imagen del menor o incapacitado, extracción de órganos de donantes vivos, autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, discordancias en el ejercicio de la patria potestad atinentes a la custodia o a las relaciones del menor con sus parientes y allegados, discordancias en el seno de la relación conyugal, expedientes de dominio, fijación del plazo para el cumplimiento de una obligación, declaración de herederos cuando no existe o no es válido el testamento o en materia de derecho mercantil, la convocatoria de una Junta General a instancia de una minoría de socios o el nombramiento de un tercer perito en un contrato de seguro, cuando los peritos nombrados por el asegurador y el asegurado, no se ponen de acuerdo en la determinación del daño producido.

Se trata de supuestos en los que el justiciable debe percibir de manera directa que se hace efectivamente justicia, en atención a la brevedad, simplificación, concentración e inmediatez en la tramitación del expediente .

2 NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY RESPECTO DEL ANTEPROYECTO DE JUNIO DE 2006

Las principales novedades que, de forma acertada, a mi juicio, aporta el Proyecto, en relación con el texto del Anteproyecto son:

a) La regulación del procedimiento de autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, contenida en el capítulo IX, arts 84 a 87, del título IV, correspondiente a la JV en materia de personas.

b) La regulación los procedimientos de derecho marítimo, en el título X, que han quedado reducidos a tres supuestos: la protesta de mar e incidencias del viaje, la liquidación de avería gruesa y el depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo. De forma singular se mantiene al respecto la habilidad de todos los días y horas sin excepción, en la sustanciación de los expedientes en

la materia, art. 189, lo que constituye el régimen general en JV, conforme al todavía vigente art. 1812 de la LEC de 1881. La regulación establecida exigirá un estudio detenido en el futuro en orden a la justificación de los procedimientos suprimidos respecto a la previsión del Anteproyecto de octubre de 2005, en relación con alguno de los cuales, como la venta del buque, o el extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque, se había previsto, sin embargo, la competencia, en el Anteproyecto de octubre de junio de 2006. Los varios cambios de criterio parece que ponen de manifiesto que no se encuentran suficientemente asentados los principios informadores en esta materia, que se encuentra en pleno proceso de reforma..

c) La armonización de la entrada en vigor de los procedimientos atribuidos a los distintos operadores jurídicos, en atención a que una interpretación literal de las disposiciones contenidas en el Anteproyecto de junio, podía dar lugar a una entrada en vigor en fechas diferentes de la normativa atinente a los distintos titulares de competencias en JV.

d) La atribución de competencia al Secretario Judicial y al Registrador mercantil, para proceder a la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, conforme a la Disposición Adicional cuarta, apartado e,

e) La previsión señalada en la Memoria Justificativa que, sin embargo, no se ha llevado al texto legislativo, parece que por olvido, conforme a la cual <la disposición final séptima recoge el título competencial a favor del Estado “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”>.

f) La necesidad de que el desarrollo de la comparecencia se registre en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 22.5).

g) La introducción de un trámite de conclusiones (art. 22.6), en el procedimiento judicial, conforme al cual se establece que, una vez practicadas las pruebas, el Juez o Secretario Judicial, titulares del procedimiento, permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones.

En el periodo de tiempo que abarque la tramitación del Proyecto de Ley en sede parlamentaria, corresponde a los protagonistas de la Justicia, interesados y afectados por la reforma en ciernes, doctrina científica y jurisprudencial, profesionales del derecho y de la economía de la empresa y expertos en cualquiera de las materias reguladas, la labor de enunciar problemas, suscitar dudas y proponer soluciones, en aras de coadyuvar a la mejora técnica del texto propuesto y de hacerlo en conexión con la realidad social, al propio tiempo que con vocación de permanencia, en la estela de la deseable seguridad jurídica que debe procurar toda reforma legislativa, lo que redundará, en definitiva, a contribuir a dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento al desafío de una Justicia más moderna y eficaz.

3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NÚCLEO ESENCIAL DE LA REFORMA

Procederé de forma previa a hacer explícita mi valoración positiva del propio hecho de que la reforma se haya puesto en marcha y que los autores haya comenzado a ocuparse de su estudio. Se ha procedido a una profunda y necesaria revisión – un cambio legislativo de gran calado, en expresión contenida en el apartado cuarto de la Memoria – de una institución, como es la JV, que había suscitado hasta el momento presente un escaso interés en la doctrina – a salvo de las valiosas aportaciones de González Poveda, Ramos Méndez y Almagro – y en el desarrollo argumentativo de la Jurisprudencia.

Acierta, a mi juicio, el Proyecto, en la conformación de los ejes que se configuran como el núcleo esencial del futuro texto legal:

a) La desjudicialización de procedimientos, en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones, derecho mercantil y derecho marítimo, que atribuidos, en su momento, a los jueces en atención a explicables decisiones de oportunidad, tradición histórica, orden público u ordenación del sistema, no continúan vigentes en el momento actual, y su atribución a Notarios y a Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en atención a su especialización, a su consideración de relevantes operadores jurídicos en el orden extraprocésal, y a la paz social y seguridad jurídica preventiva que supone su intervención como garantes de la legalidad.

La desjudicialización de competencias en los ámbitos señalados y su atribución a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, que constituye una de las más relevantes novedades de la reforma, supone, por otra parte, no sólo devolver a estos funcionarios públicos, al propio tiempo que profesionales del derecho, un protagonismo en esta materia que ya les había sido atribuido por la historia, sino también el reconocimiento de una titularidad que les corresponde por su propia naturaleza, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación y garantía de derechos, lo que hace que el notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, no sea un mero fedatario público, sino que ejerce un oficio público en cuanto a su función certificante y autorizante, al propio tiempo que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene y de asesoramiento de los intervinientes, con sometimiento al control o revisión judicial.

A lo largo de los siglos IX al XII, en todos los países europeos y singularmente en Inglaterra, Francia, Alemania en Inglaterra, así como en España a partir del siglo XIII, se produce una evolución jurídica consistente en que una parte importante de las actuaciones negociales de JV se realizaban ante los notarios que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos, como eclesiásticos. De forma especial, a partir del siglo XII, el conocimiento y resolución de una parte importante de supuestos de JV que se sustanciaban ante los jueces se atribuyó a los Notarios, que se configuran como el órgano por excelencia de la JV en la Europa del medioevo.

La atribución de determinadas competencias en esta materia a los Registradores, se justifica asimismo en atención a su posición de titulares de una relevante función pública – que tiene su antecedente remoto en la actividad desarrollada por los empleados públicos encargados de los Registros existentes en derecho Romano – en virtud de la cual proceden a la calificación y valoración, conforme a la ley, de los actos en que intervienen, con sometimiento al control o revisión judicial

b) La redistribución de competencias asignadas al órgano jurisdiccional entre Jueces y Secretarios Judiciales. Se asume por el Proyecto, en este punto, la opinión al respecto de un sector relevante de la doctrina procesalística, al tiempo que se hace realidad en este ámbito, el reforzamiento de las competencias de los Secretarios, en el marco de la Administración de Justicia, como reconocidos expertos en Derecho Procesal, conforme a las exigencias de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 23 de diciembre de 2003.

No parece excesiva la afirmación de que son los Secretarios Judiciales el Cuerpo de Funcionarios que en mayor medida han visto reforzadas sus competencias en la materia, al reconocérseles una potestad decisoria, de la que carecen en el momento presente, en los expedientes específicos que se les atribuyen, tanto en la futura Ley de JV, como en los expedientes de JV contemplados en otras leyes y que no sean propios de la competencia judicial.

La desjudicialización y la redistribución de competencias en el seno del órgano jurisdiccional, están llamadas a producir, en el futuro, una mayor agilización en el tráfico jurídico y una mayor eficacia en los mecanismos de la Administración de Justicia, sin que ello suponga un menoscabo de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos.

c) La configuración de un procedimiento unitario, común para Jueces y Secretarios Judiciales, fundamentado en el juicio verbal, conforme se afirma en el apartado III de la E. de M. y en el art.22, en lo que supone de superación de las fragmentarias e inconexas Disposiciones Generales contenidas en el Libro III de la Ley Procesal de 1881, dedicado a la JV y todavía vigente, así como la aproximación a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa, sin por ello soslayar las peculiaridades y especialidades caracterizadoras de la JV. El nuevo procedimiento supondrá, en la práctica, un cambio de tendencia denunciado por Ramos Mendez al referirse a <...una inflación galopante de procedimientos y su regulación en leyes sustantivas>.

d) El régimen de competencias compartidas entre Secretarios Judiciales por una parte y Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, por la otra, genera la posibilidad del ciudadano de acudir de forma opcional a uno u otro profesional del derecho en estos supuestos, lo que otorga un mayor grado de libertad y de participación de los justiciables en la administración de la Justicia.

e) La adecuada sistematización de procedimientos y su acotación objetiva a los ámbitos civil y mercantil, con arreglo a la tradicional clasificación de derecho privado, si bien la inequívoca existencia de actos de JV, en otros ordenes jurisdiccionales, como el penal, con la esterilización de incapaces al amparo del art. 156 del Código Penal, el laboral, con la conciliación prevista en los arts. 93 ss de la Ley de Procedimiento Laboral, o el constitucional, con la restricción judicial de derechos fundamentales, haría aconsejable la introducción de una cláusula que estableciese la aplicación supletoria de la normativa de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

f) La desregulación de procedimientos obsoletos y la reforma de los todavía útiles, en conexión con la actual realidad social.

4 PROPUESTAS DE MEJORA DEL TEXTO NORMATIVO: ESPECIAL REFERENCIA AL MENOSCABO DE GARANTÍAS EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y A LA AUSENCIA DE RESERVA JURISDICCIONAL

El posible menoscabo de garantías y a la ausencia de reserva jurisdiccional, constituyen, a mi juicio, los aspectos más discutibles de la reforma, por lo que deben ser objeto de una especial valoración, al efecto de su posible modificación en el curso del debate parlamentario, lo que redundaría, a mi entender, en una mejora del texto normativo.

La necesaria desjudicialización de competencias no justifica que se administrativice el procedimiento judicial y se menoscaben alguna de sus fundamentales garantías, como así sucede con las previsiones legales consistentes en:

- a) la supresión del principio de contradicción
- b) el carácter no preceptivo de la asistencia técnica de abogado
- c) la supresión de los recursos.

La equiparación, en este punto, entre el procedimiento administrativo notarial o registral, en el que podría no requerirse la exigencia de tales garantías, y el procedimiento judicial, resulta, a mi juicio, una previsión desacertada. Conforme se afirma en el Fundamento de Derecho 7º de la STS de 22 de mayo 2000:

<El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no judiciales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 de la vigente LEC), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción>.

a) A la práctica desaparición del principio de contradicción se refiere el art. 7 PL del Título I, Capítulo II, relativo a las Disposiciones Comunes a todos los administradores de expedientes, al establecer que: < Cuando durante la tramitación del expediente surja una controversia entre los interesados que impida su continuación se procederá a su archivo, excepto los expedientes en que esté comprometido el interés de un menor o incapaz>.

Sin embargo, la contradicción previa y manifiesta, implícita o subyacente o sobrevenida, tiene o puede tener lugar en muchos procedimientos. Esta consideración encuentra su expresión más manifiesta en los supuestos de derecho de familia, en los que el propio rótulo del Capítulo segundo, del Título dedicado a la JV en Derecho de Familia, pone de relieve la existencia de la discrepancia: < De la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales>. Parece pues que, al menos en estos casos, debería valorarse la conveniencia de su inclusión en el régimen especial previsto en los supuestos de menores e incapaces, si no se quiere incurrir en una contradicción con la propia realidad social y legal. Se trata, en definitiva de supuestos de discordancia sobre la fijación del domicilio conyugal, la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio, el consentimiento para la realización de actos de administración y disposición de bienes comunes o su atribución a uno de los cónyuges en los casos previstos en la legislación sustantiva. Se trata de supuestos en los que por existir un grado de contradicción atenuada y en atención a su urgencia o a la necesidad de atender a una necesidad imperiosa, el Ordenamiento considera que no resulta ineludible que sean dirimidos por la vía del proceso contencioso.

Es frecuente, sin embargo, que la contradicción expresa, latente o sobrevenida, se manifieste asimismo en otra serie de supuestos como en: deslindes; nombramiento de defensor judicial ante posibles intereses contrapuestos entre menores e incapacitados y sus representantes, remoción de tutor o curador; impugnación de la validez del reconocimiento otorgado durante la minoría de edad o incapacidad del reconocido, una vez alcanzada la plena capacidad por el menor o incapaz; retorno de menores en supuestos de sustracción internacional; fijación del plazo para el cumplimiento de la obligación, ante la falta de acuerdo de las partes; nombramiento de tercer perito en contrato de seguro; auditoría de cuentas de los empresarios, declaración de ausencia; expediente de dominio de reanudación del tracto sucesivo, con inscripciones contradictorias, conforme al 201 LH; expedientes de liberación de gravámenes; revocación del auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil, en caso de oposición de los interesados; albaceazgo; nombramiento de contadores partidores dativos, en caso de desacuerdo entre los herederos, etc, y ello no debería sin embargo, en buena lógica, producir el archivo del expediente, cuando esta solución contradiga la naturaleza del acto y el fin que en el mismo se persiga o el acto tenga carácter coercitivo, conforme a la jurisprudencia del TS.. En caso contrario, podría producirse un menoscabo del principio contradictorio y una reducción drástica en la eficacia de la Jurisdicción Voluntaria, en aras de la rapidez.

En todo caso, la supresión de la contradicción, que puede quizás resultar razonable en el procedimiento administrativo notarial o registral, no debería sancionarse respecto del procedimiento judicial, en el que audiencia y contradicción son principios que se complementan, que difícilmente se entienden el uno sin el otro, al tiempo que se configuran como básicos e inherentes a la naturaleza jurídica del propio procedimiento.

Por otra parte, cabe señalar que no hay sólo meros interesados en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, conforme se afirma en la E.de M III: <Tampoco tiene lugar (en la jurisdicción voluntaria) el principio contradictorio, toda vez que la existencia de meros interesados en el procedimiento elude de antemano la presencia de partes....>, sino que, por el contrario, pueden existir también afectados, en expresión del T.C.,STC 124/2002,de 20 de mayo, o una pluralidad de interesados, con intereses diferentes, aunque convergentes, o simplemente divergentes, o con intereses contrapuestos, contrainterésados, conforme a la terminología utilizada por la doctrina italiana. Así en la STS citada se afirma

<Si analizamos la actuación del presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria, cual es la contradicción>.

El ALJV de octubre de 2005 tenía en cuenta el nuevo perfil de la institución, que se había puesto de manifiesto en numerosos procedimientos específicos, en los que sin existir lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, ni controversia relevante, aunque sí atenuada o debilitada, explícita o subyacente, el legislador había considerado que no existía causa de suficiente entidad como para ser dirimida en proceso contencioso, por lo que el desacuerdo o la contradicción se reconducía a un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La nueva realidad legal encontraba su cauce en lo establecido en el artículo 18.2, conforme al cual:

< Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente, ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido, en tanto no sea revocada o modificada, en proceso declarativo promovido por persona legitimada>.

Por el contrario, la supresión de la contradicción en el actual PL, salvo cuando esté comprometido el interés de un menor o incapaz, supone aferrarse al viejo y superado esquema de una jurisdicción voluntaria estrictamente negocial.

Por otra parte, no parece razonable que se ventile en el procedimiento la contradicción tan sólo cuando está comprometido el interés de un menor o incapaz y no en otros procedimientos en los que se prevé la intervención exclusiva del juez y que asimismo afectan al interés general, público o social, a los que se hace referencia en el artículo 13.3, en el se señalan las materias de las que el Secretario Judicial no podrá conocer:

<...los expedientes regulados en otras leyes..... que tengan por objeto la condición o estado civil de la persona, o asuntos de Derecho de familia, menores o incapaces. Tampoco conocerán de los expedientes que afecten a derechos y libertades fundamentales, ni de aquellos que tengan por objeto materias sobre las que los interesados no puedan disponer libremente>.

Cabría preguntarse si no habría sido más acertado mantener la posibilidad de contradicción en todos estos procedimientos en atención a la relevancia de su contenido y, en especial, en los propios de derecho de familia regulados de forma específica en el PL, en los que la discrepancia, controversia o conflicto es previo e inherente al expediente sustanciado, hasta el punto que se recoge en la propio nombre que se le otorga al procedimiento: De la solución de controversias en el ejercicio de la patria potestad y De la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

Como se observa al respecto en el Informe del CJPJ al A.,

<... la definición que vincula la JV al ejercicio pacífico de los derechos y que hace gravitar la diferencia con la jurisdicción contenciosa en el elemento negativo de la ausencia de controversia, no es válida para aquellos procedimientos que prevén incidentes de oposición, vías de impugnación o incluso la intervención del MF o de un defensor judicial, precisamente para abrir la vía a posibles discrepancias procedentes de sujetos distintos tanto del proponente como del decisor....>

La artificiosidad que supone la supresión de la oposición, como era previsible, genera contradicciones en el seno del propio texto del Anteproyecto, sin necesidad de esperar a la crítica que, en buena lógica, generará su desafortunada inclusión en el texto prelegislativo. En este sentido, no parece muy coherente que se suprima el principio contradictorio al propio tiempo que se afirma que:

<Se ha configurado un procedimiento un procedimiento general y básico para los expedientes administrados por Jueces y Secretarios Judiciales fundamentado en el juicio verbal...>, E. M.III; b) <se ha producido un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte, una atenuación del dirigismo judicial y una

aproximación de las posiciones de solicitantes, interesados o terceros> E.M III, pues en buena lógica procesal la conformación de estos principios favorece la posibilidad de que se genere contradicción c) y mucho menos que se llegue a afirmar en el apartado VI de la E. de M. que <En la regulación del procedimiento al que deberán ajustarse Jueces y Secretarios Judiciales, se refuerza el principio contradictorio en el trámite de la comparecencia....>.

A propósito de la contradicción, se señala en el Informe del CGPJ: <Que la afirmación de la EM III: <.....Tampoco tiene lugar, en la JV, el principio contradictorio.....se ven matizadas en la propia EM VI en relación con los “expedientes administrados por Jueces y Secretarios Judiciales” para los que si rige el principio de la contradicción en el trámite de la comparecencia. Si a esto se añade la potencial contradicción procesal que va implícita en el trámite de audiencia a los interesados, se ve con mayor claridad que la ausencia de contradicción cede como elemento diferenciador con la jurisdicción contenciosa> (pg.32)

Conclusión Tercera: <La ausencia de contradicción o la solución pacífica de controversias, dejan de ser los elementos que tradicionalmente han diferenciado la JV de la contenciosa, incrementando la reforma las posibilidades de contradicción sin que ello necesariamente suponga la alteración de los términos del procedimiento>.

Por su parte, en el Informe del Consejo Fiscal se afirma:

< Por su parte, el A. utiliza como nota definatoria de los expedientes de jv. la ausencia de contraposición entre partes, aunque tal fuera conveniente matizar esta afirmación para dar cabida a aquellos casos en que la contradicciones es muy leve, ya que en muchos casos de jv. – fundamentalmente en materia de personas y familia – se supone latente una controversia aunque no tenga una entidad suficiente para ser dirimida en un proceso contencioso>. (p.7)

En definitiva, un procedimiento, que se fundamenta en el juicio verbal, conforme al art. 22, en el que se potencia, con carácter general, el principio de audiencia, y los principios dispositivo y de aportación de parte, en numerosos supuestos, en el que se aproximan las posiciones de solicitantes, interesados y terceros no interesados, y se establece que la resolución no producirá efectos de cosa juzgada material, goza de las suficientes garantías como para prever la posible contradicción, que no lesión de derecho subjetivo o interés legítimo, que pueda generarse en la sustanciación del expediente.

Cabe afirmar, por otra parte, que al afirmarse en el art. 7 que no toda controversia determinará la terminación del expediente, sino sólo cuando la contraposición <impida

su continuación> habrá que proceder a valorar entidad de la oposición al efecto de decidir el archivo del expediente. En este sentido, si cabe afirmar que, si bien hubiera sido deseable referirse al carácter relevante de la controversia o incluir la fórmula recogida en el A.2005, al menos en el Proyecto de Ley se ha dado un pequeño paso adelante respecto a lo previsto en el actual art. 1817 LEC 1881.

Dado que la ausencia de contradicción o el ejercicio pacífico de los derechos han dejado de ser la nota esencial de la JV, ha de considerarse superada la definición de la misma que la vincula a estos elementos, tanto en la propia realidad social como jurídica. Suprimir ex lege la existencia de la contradicción, no sólo supone ponerse un velo ante la realidad manifestada en las frecuentes alegaciones, incidentes, mutaciones o vicisitudes que suelen producirse en la tramitación de un expediente, sino que menoscaba la propia esencia del procedimiento judicial, cualquiera que sea su objeto. Al menos debería incluirse en la definición legal el matiz consistente en la ausencia de contraposición relevante entre los interesados.

b) El carácter no preceptivo de la asistencia técnica de abogado.

No resulta justificado, a mi juicio, el radical cambio de criterio legislativo en este punto, consistente en suprimir la intervención preceptiva de abogado. La propensión a equiparar o aproximar, también en este aspecto, procedimientos de JV de distinta naturaleza y atribuidos a distintos titulares de competencia, en aras de la simplificación, de la disminución de formalidades y del coste del expediente, puede suponer, sin embargo, en determinados supuestos, una regresión en el reforzamiento de las garantías de los intervinientes.

En el A. de 2005, la representación de los interesados en el procedimiento se había regulado con un criterio análogo a la regulación vigente. El interesado debía ser dirigido por abogado, salvo en casos de conciliación, expedientes de cuantía inferior a dos mil cuatrocientos euros, para presentar la solicitud en expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, expedientes de reconocimiento de filiación extramatrimonial, y para la intervención de los interesados, distintos del solicitante, siempre que no tenga por objeto formular oposición.

Pues bien, el reforzamiento en el PL de los principios de audiencia, dispositivo y aportación de parte, la atenuación del dirigismo judicial, la posibilidad de la práctica de todo tipo de pruebas, lo que redundará en una superación de la verosimilitud a la que se encuentran abocadas, en ocasiones, las tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación vigente, unido todo ello al reconocimiento expreso de la posibilidad de contradicción y de recursos, en los procedimientos en los que se vean afectados intereses de menores o incapaces, al propio tiempo que supondrá una mejora en las garantías de los intervinientes y en la dialéctica entre los solicitantes, interesados – en especial en aquellos supuestos en que se manifieste un interés contrario o divergente del solicitante – o terceros no interesados, implicará, en determinados procedimientos, una mayor dificultad y complejidad procesal.

Por otra parte, la trascendencia económica de los intereses en juego, en ocasiones, la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra toma de postura, en otras vicisitudes, la proposición o práctica de pruebas, o bien las propias tensiones que generan las controversias en el ejercicio de la patria potestad, las relaciones de menores con el progenitor que no sea titular de la patria potestad o con parientes o allegados, o las divergencias relativas a la administración de los bienes de menores o incapaces o en la administración de bienes gananciales en el seno de la comunidad conyugal etc., parecen razones suficientes para que se reflexione sobre este punto, al efecto de distinguir entre aquellos supuestos en los que la previsible ausencia de dificultad técnica no hace necesaria o conveniente la preceptiva asistencia letrada, y aquellos otros en los que la posibilidad de contradicción o recursos prevista en los propios procedimientos, como sucede en los casos de menores o incapacitados o la existencia de una discrepancia o contradicción atenuada a priori, lo que tiene lugar en los procedimientos en materia de familia, hacen aconsejable la obligada intervención de un abogado. Podría incluso resultar aconsejable el establecimiento de la preceptiva intervención de abogado, con carácter general, en todos aquellos procedimientos cuya titularidad se atribuya a los Jueces.

Cabría asimismo plantearse en que medida resultaría apropiada el carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado en procedimientos tramitados ante los S.J que pueden revestir una especial complejidad, como los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el albaceazgo, o la liquidación de averías.

Parece asimismo razonable argumentar que en atención a lo establecido en el art. 22 del PL <La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades.....>, resultase preceptiva la intervención de abogado y procurador, conforme al criterio establecido al efecto para el juicio verbal, en los arts. 23 ss LEC, en materia de primera instancia y apelación.

c) La supresión de los recursos podría resultar razonable en el ámbito del procedimiento administrativo, pero no en el procedimiento judicial, en el que la contradicción y los recursos y, por ende de la doble instancia, con carácter general, parecen inherentes a su propia naturaleza. La Jurisdicción Voluntaria, no debería identificarse con supresión o disminución de garantías, plazos y formalidades, en aras de la celeridad, pero en detrimento de la tutela judicial y la seguridad jurídica, características de toda actuación judicial.

En materia de recursos, a mi juicio, hubiera sido más procedente el mantenimiento de los previstos de reposición, apelación y queja, según se establecía en el ALJV de octubre de 2005, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra las resoluciones definitivas dictadas por el Juez, se preveía un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y contra los decretos dictados por el Secretario, en los expedientes de su competencia, cabría un recurso ante el Juez titular del mismo Juzgado,

o ante el que correspondiese en caso de Servicio Común, que se sustanciará por los trámites y con los requisitos del recurso de reposición, regulado en la LEC (art. 19,2).

No parece razonable, a mi juicio, que la resolución del juez pueda ser apelada (art. 24) y, sin embargo, el decreto del Secretario sea firme desde el mismo momento en que se dicte (art. 24.1). Por otra parte, la disposición contenida en el art. 24.1, conforme a la cual <Contra las resoluciones dictadas en los procedimientos de j.v. no cabrá recurso alguno>, entra en contradicción con el tenor del art. 13.3: <Corresponderá también al Secretario Judicial la tramitación y resolución definitiva, sin perjuicio de los recursos que procedan, en los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en otras leyes que no tengan por objeto la condición y estado civil de la persona, o asuntos de derecho de familia, menores o incapaces.....>, atinente a la competencia objetiva, que reproduce el texto del art.5.2 del Anteproyecto de octubre de 2005, en el que se preveía un recurso contra la resolución definitiva del Secretario, al igual que en el art. 19.2, del mismo texto legal .

Resulta todavía más sorprendente la previsión del art. 24.1, si se tiene en cuenta que en el espíritu y en la letra de las disposiciones legislativas atinentes a la competencia de los Secretarios se prevé la posibilidad de recursos contra los decretos dictados por los Secretarios, incluso con referencia específica a la Jurisdicción Voluntaria. Así conforme al artículo 456.3 b) y 4, correspondiente a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 23 de diciembre de 2003, se afirma que <Los Secretarios Judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencia en la materia de jurisdicción voluntaria, asumiendo la tramitación y resolución de los expedientes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer La resolución que se dicte para poner término a la resolución del expediente recibirá la denominación de decreto>. En el Proyecto de Ley Orgánica, aprobado en Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2005, por el que se adapta la Legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, se establece, en la propuesta de reforma correspondiente al art. 454 bis de la LEC que «Cabrán interponer recurso de revisión contra los decretos (dictados por los Secretarios) que pongan fin al procedimiento o impidan su continuación.....».

Por otra parte, en la única previsión legal del PL. respecto del decreto dictado por el SJ, contenida en el art. 25.3, relativo a la Caducidad del expediente, se establece que: <Contra el decreto que declare la caducidad sólo cabrá recurso de revisión>. Pues bien, resulta sorprendente que se admita un recurso contra el decreto del Secretario en materia de caducidad y no contra los decretos que ponen fin al procedimiento de JV.

Parece pues apropiada, ante la relevancia de los procedimientos sustanciados ante el Secretario, la previsión de un recurso de revisión ante el Juez, con carácter general o al menos en procedimientos específicos como pueden ser la fijación de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, o el albaceazgo, así como el mantenimiento de los recursos de apelación y queja en

los procedimientos judiciales. Parece por todo ello razonable proponer que se proceda a valorar, de nuevo, la supresión de la doble instancia que supone el recurso, al efecto de una posible reconsideración.

Por lo que se refiere a la ausencia de reserva jurisdiccional, cabe señalar lo siguiente: La afirmación contenida en la Exposición de Motivos, apartado III, párrafo 2º, conforme a la cual: <Tal como aparece concebida en la presente ley, la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el art. 117.4 de la Constitución, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, claramente amparado en el art. 117.3>, supone una toma de postura doctrinaria, en una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, así como contraria a la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sentencia de 22 de mayo del año 2000 argumenta que:

<...no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no están ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia que de ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el art. 117.3 de la Constitución.....Las demás funciones, que el art. 117.4 de la CE. permita que una Ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos, como en los supuestos de participación de jueces o magistrados en Jurados de Administración Forzosa o en la Administración Electoral....>.

Por otra parte, la exclusión de la jurisdicción voluntaria del núcleo esencial ,indisponible y excluyente de funciones que conforman la potestad jurisdiccional de los jueces, previsto en el art.117.3, y su inclusión en las funciones de los jueces en garantía de derechos, conforme al art.117.4, respecto de las que no existe una reserva de jurisdicción, comportaría la posibilidad de traspaso, en un futuro, de las funciones relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, materias indisponibles o atinentes a intereses públicos, a otros operadores jurídicos que, en un momento determinado, fuesen considerados más idóneos, lo que, a mi juicio, no sería asumible en el actual marco constitucional. Lo que sí cabría afirmar es que las competencias atribuidas a los jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria se incluyen, en atención a la materia de que se trate, en los párrafos tercero o cuarto del art. 117 CE.

En el sentido aludido de inclusión de los actos de j.v. en los párrafos 3 y 4 del art. 117, se pronuncia el Informe del Consejo Fiscal: <.....por ello la Ley se esfuerza en distinguir entre los actos de jurisdicción voluntaria de inequívoca naturaleza jurisdiccional – reservados a los jueces según los artículos 117.3 y 4 CE y 2.2 LOPJ – y aquellos que carecen de tal carácter y pueden, por ello, ser encomendados a otros órganos de la Administración Civil del Estado con todas las garantías> si bien, a mi juicio, cabría matizar que: a) el A., el PL no distingue, como parece lo apropiado, entre actos de jv. jurisdiccionales y actos de jv. que carecen de tal carácter y si lo hace el Informe del Consejo Fiscal. Es decir que, efectivamente, el texto legal debería esforzarse en distinguir entre actos de JV jurisdiccionales y no jurisdiccionales, pero no lo hace en la práctica, y quien si se esfuerza en conformar esta distinción es el Consejo Fiscal, y b) los actos de JV jurisdiccionales se enmarcan en el ámbito del 117.3, y los que no tienen esta naturaleza y no obstante se atribuyen a jueces en garantía de derechos, son los propios del 117.4.

La potestad jurisdiccional tiene una naturaleza heterocompositiva, que excede el marco de la resolución de conflictos a través de un proceso contencioso. El objeto de numerosos procedimientos de jurisdicción voluntaria, incoados de oficio o a solicitud de interesado, consiste en constituir o dirimir derechos, con trascendentales efectos, lo que requiere una labor de enjuiciamiento que exigirá la subsunción de los hechos en las normas jurídicas sustantivas y procesales que se consideren aplicables, la admisión y valoración de los medios de prueba que se presenten o se practiquen de oficio, y el pronunciamiento de una resolución motivada, que se ejecutará, en tanto que no sea revocada o modificada en el marco de la propia jurisdicción voluntaria o en proceso declarativo promovido por persona legitimada. En definitiva, a mi juicio, la actuación del juez en este ámbito, y en determinadas materias, es la propia de la función jurisdiccional prevista en el art. 117.3 y, por ello, las competencias que al efecto se le reconocen no son atribuibles a ningún otro operador jurídico.

En este sentido parece apuntar el Informe del CGPJ al A. cuando afirma: <....sin la nota de exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constityen manifestaciones de carácter constitutivo – negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....>, <.....al considerar el encaje constitucional de los procedimientos de JV en el apdo.4 del art.117, la intervención judicial no reviste la nota de exclusividad, y el ámbito competencial de los Jueces en esta materia se reduce a los asuntos de derecho de personas y de derecho de familia.....>.

5 REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE CUESTIONES VARIAS

a) La utilización de expresiones como <administradores o gestores de expedientes> o de <la administración del derecho privado>, E.M. III y V, resulta apropiada en el ámbito administrativo notarial y registral, pero inapropiada en referencia al órgano judicial. La consideración de forma indistinta a todos los titulares de competencias en la materia, Jueces, Secretarios, Notarios, Registradores u otro funcionario designado, art. 1 ALJV, supone una pretensión indisimulada de administrativizar la jurisdicción voluntaria, que solo produce confusionismo, al crear una categoría novedosa y heterogénea, que pone en el mismo plano a operadores jurídicos que no lo están en el marco del Ordenamiento, ni por la naturaleza jurídica de sus actuaciones, ni por el grado de independencia e imparcialidad de cada uno de ellos en relación con los ciudadanos y con los otros órganos del Estado. Como se afirma al respecto en el Informe del CGPJ, a propósito de la conciliación: <...el fundamento por el que se atribuye la competencia a los miembros del Poder Judicial ha de estar en las garantías que proporciona su estatuto-con independencia de las singularidades del régimen de los Jueces de Paz- y que no comparte con otros servidores públicos.....> (p.65).

En el sentido apuntado de crítica a la denominación se manifiesta asimismo el CGPJ en su Informe al A., cuando afirma:<...lo que el A. denomina “administradores del expediente” – parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos – constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución, que es, por otra parte, aquello en que consiste la actividad de estos sujetos, sin olvidar que el aspecto de administración o de gestión de los expedientes de JV – al que también se refiere la EM V – no es el que mejor se corresponde con la función que ejercen los miembros del Poder Judicial>. <El A. denomina “administrador del expediente” a las autoridades y funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV (art.2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión se considera inadecuada, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial>.

Se deja, por otra parte, la puerta abierta a la intervención de “otro funcionario designado” art.1.2. “Se considerarán expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que se solicita la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil y mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados”, lo que refuerza la tendencia a la “administrativación” de estos procedimientos, con la intervención de funcionarios públicos, respecto de los cuales parecería razonable que se recogiese al menos la previsión relativa a la condición de profesionales del derecho de los futuros “administradores”.

En relación, en definitiva, con la terminología referida a la JV, cabe señalar que, en mi opinión, la más adecuada, en el ámbito judicial, se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. Cabría afirmar, en síntesis que, previsto en la disposición sustantiva, el acto de jurisdicción voluntaria y atribuida su titularidad a un Juez o un Seretario Judicial, se promoverá por persona legitimada o de oficio un procedimiento, en el curso del cual se procederá a la tramitación de un expediente. Por otra parte, parecen más apropiadas las expresiones <conocimiento del expediente>, que gestión o administración del expediente y <titular encargado del expediente> que administrador del expediente.

La reiterada utilización, no obstante, en el PL de la expresión <asunto o asuntos de j.v.>, ej. D.A.1ª, propia del proceso contencioso, no parece la mas apropiada en el marco de la JV, ni encaja bien, por otra parte, con la pretendida configuración de la JV en el ámbito administrativo.

b) Desde el sector de la discapacidad, representado por el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se ha solicitado que :a) Se articule el procedimiento de JV previsto en el art.156 del Código Penal, relativo a la autorización judicial de la persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; b) Se regule la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos y c) Se valore la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos, se tramite a través de un procedimiento de JV.

En la Memoria Justificativa del A. de 2005 se afirma que <la Ponencia tras una profunda reflexión consideró que no es un expediente de JV el procedimiento adecuado para tomar tan importante medida, cuando en los supuestos en cierto modo similares, de incapacitación, se acude al procedimiento contencioso...>, solución que ha mantenido en estudios anteriores. Ahora bien, la no regulación de un procedimiento específico, que se justificaría por la singularidad del presente supuesto, y el silencio al respecto en la Memoria y Exposición de Motivos del PL, exigen una toma de postura en la futura Ley, que debería valorar de forma especial la opinión de los colectivos más directamente afectados. La segunda propuesta del CERMI ha sido asumida en el PL, al articularse el correspondiente procedimiento, del que ya he dado cuenta en el capítulo dedicado a las Novedades del Proyecto. La tercera propuesta es un claro reflejo del carácter variable y fluido entre ambas esferas de la legislación, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedimientos de JV antes de pasar a la esfera contenciosa. En el supuesto del internamiento el trasvase se materializó con su inclusión en la LEC 2000. A mi juicio, si se mantiene la esterilización en el marco de la JV, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento, lo que redundaría por otra parte en una mayor armonización del sistema.

c) No parece apropiada la inclusión en una ley procesal un capítulo relativo a expedientes administrados por Notarios y Registradores, aunque tan sólo contenga dos artículos referidos a la competencia y al procedimiento, ni un capítulo de Disposiciones Comunes a todos los administradores de expedientes de jurisdicción voluntaria, en el que se contiene, entre otros, un artículo sobre los medios de prueba que se propongan durante la tramitación del expediente.

En todo caso, en relación con las Disposiciones Generales, parece que procedería incluir un párrafo en el que se estableciese que los titulares de competencias en materia de JV deberían actuar conforme a lo previsto en la Ley de JV, sin perjuicio de lo que, con carácter especial, dispongan otras normas.

d) Resulta sorprendente que en la definición legal de la Jurisdicción Voluntaria, contenida en el artículo 1.2, se haya suprimido la referencia a la posibilidad de que el procedimiento se incoe de oficio, en contra de lo previsto en el vigente artículo 1811 de la LEC de 1881, en el Texto de octubre de 2005 y de lo establecido en diversos procedimientos específicos como la tutela, la adopción o el acogimiento. Incluso en alguno de los procedimientos, como el de Protección del patrimonio de las personas con discapacidad, sólo puede ser instada su incoación por el Ministerio Fiscal.

Conforme se afirma en el Informe del Consejo Fiscal:

< el art.3 limita la legitimación a los titulares de derechos o de u interés legítimo sobre la materia que constituya su objeto, por lo que sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al MF ya que, en ocasiones, el Ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad >

Por lo que respecta a la intervención del Ministerio Fiscal, no resulta acertada, a mi juicio, la supresión de la referencia expresa, que se contiene en el actual art. 1815 y se recogía en el art. 7.2 del A. de 2005, relativa a su preceptiva actuación cuando la solicitud promovida afecte a intereses públicos.

En relación con los demás aspectos referidos a la posición e intervención del Ministerio Público en los procedimientos de JV., cabe destacar la positiva valoración realizada al respecto en el Informe del Consejo Fiscal.

e) Hubiera sido deseable que la afirmación genérica, ya citada, contenida en la E.M. III, relativa al < reforzamiento, en los procedimientos cuyo conocimiento y resolución se atribuyen a Jueces y Secretarios Judiciales, de los principios dispositivo y de aportación de parte, una atenuación del dirigismo judicial, y una aproximación de las posiciones de solicitantes, interesados y terceros >, hubiera sido matizada en el sentido de distinguir entre:

i) aquellos supuestos en que el procedimiento se incoa a solicitud del interesado o de oficio, en atención a que su contenido afecta al interés público, general o social, o a menores o incapacitados, en el que rige el impulso de oficio, con todas sus consecuencias, diferenciado del impulso procesal que se materializa en providencias de los Jueces y diligencias de ordenación de los Secretarios, en el sentido de que el Juez no está vinculado ni a la aportación de hechos, ni a la proposición de pruebas realizada por los intervinientes, sino que tiene la facultad, al propio tiempo que obligación de proceder a la práctica de todos los medios de prueba y diligencias necesarias o útiles para formar su convencimiento. A este impulso de oficio se refiere el art. 22.4 del PL, y

ii) aquellos supuestos, iniciados a solicitud del interesado, sin que esté en juego interés público, general o social, ni intereses de menores o incapacitados, en los que el procedimiento no se atenderá, o lo hará de forma atenuada, al principio del impulso de oficio, sino que se conformará con arreglo a los principios dispositivo y de aportación de parte.

En el sentido expresado se pronuncian asimismo el Informe del CGPJ y el Dictamen del Consejo Fiscal.

f) Debería introducirse en el capítulo relativo a Disposiciones Comunes, una cláusula en la que se estableciese el carácter supletorio de su articulado, en relación a las actuaciones de JV reguladas en otras leyes, en lo que no se opusiesen a las normas específicas reguladoras de las actuaciones de que se trate.

6 EN TORNO AL PROCEDIMIENTO COMÚN A JUECES Y SECRETARIOS JUDICIALES: PRINCIPIOS INFORMADORES Y REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Manifestaciones positivas de la nueva regulación del procedimiento pueden ser consideradas las siguientes: El acercamiento entre ambas jurisdicciones genera, un aumento de las garantías de los justiciables y la eliminación de determinadas disfunciones y reglas contrarias a la armonización del sistema, derivadas de una regulación diferenciada, por ejemplo, en materia de días y horas hábiles (art.1812 LEC 1881), salvo en materia de Derecho Marítimo, o de modificación de oficio de las providencias o autos no definitivos (ART.1818 LEC 1881). Se refuerza el principio de audiencia (art. 22,2ª) y la participación activa de solicitantes e interesados y terceros no interesados en la comparecencia. Se establece que el desarrollo de la comparecencia se registre en soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 22.5). Se dispone la remisión a lo previsto en la LEC en materia de cumplimiento y ejecución de resoluciones (art. 26) y, con carácter supletorio, en todo lo no previsto de forma expresa (art. 12) y se resuelven de forma satisfactoria las instituciones de la acumulación de procedimientos y la litispendencia.

Se opta por regular la sustanciación del expediente, de forma preferente, en el marco de los principios de oralidad, concentración e inmediación. Asimismo supone un avance la previsión de que la solicitud pueda presentarse empleando un impreso formalizado, que se facilitará por la Oficina Judicial, al que se acompañaran los documentos que el promovente considere de interés y las copias necesarias en función del número de interesados.

Se prevé la práctica de todo tipo de pruebas (art. 5) en sustitución de las tradicionales acreditaciones, justificaciones o informaciones (arts. 1816 y 2111 LEC 1881. Ahora bien, tal y como se señala en el Informe del CGPJ: <La previsión legal relativa a la prueba resulta deficiente, Frente a la limitación que supone circunscribir al denominado administrador a admitir o inadmitir los medios de prueba que se le propongan (art.5.1), y a la ausencia en el articulado de una referencia a la libertad de forma (a la que se aludía de forma genérica en el art. 14 del A. de 2005), en la MJ se afirma, por el contrario, que < el administrador podrá completar las pruebas que considere oportuno pedir>, y que < se prevé la admisión ,sin necesidad de solicitud, ni otra solemnidad alguna, de los documentos que se presentaren y de las justificaciones o pruebas que se ofrecieren.....>. Pues bien, el problema se deriva, a mi juicio, del hecho de que en el texto de la MJ se reproduce, sin citarlos, el tenor literal de dos artículos, el 14 y el 16, contenidos en la regulación del A. de octubre de 2005, sin que ello se refleje en el contenido del articulado referido a la actividad probatoria, lo que genera confusión. Por otra parte, si bien parece justificada la ausencia del principio preclusivo sobre admisión y práctica de pruebas (art. 5.1) en los procedimientos que se rigen por el principio de oficialidad, no parece apropiada la extensión de esta regla a los procedimientos que se rigen por el principio de justicia rogada.

La regulación legal de la cosa juzgada no resulta satisfactoria, dado que la dicción legal puede dar lugar a confusión. En el ámbito de la cosa juzgada formal, parece claro que las resoluciones, dictadas en todo tipo de procesos y procedimientos, que devengan firmes resultan inimpugnables, por lo que producen efectos de cosa juzgada formal, a ello se refiere el art. 207 LEC cuando afirma que < transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.....>,lo que no obsta, para iniciar un proceso contencioso ,con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la jv.

Sucede, sin embargo, que el art. 23.2, puede generar confusión y cabe interpretar que entra en contradicción con el art. 2.2, al negar efectos de cosa juzgada al auto del Juez y al decreto del Secretario y no distinguir entre cosa juzgada formal, que sí se produce respecto de las resoluciones firmes en el marco de la jv., y cosa juzgada material, que asimismo se produce, a mi juicio, en su efecto negativo, en el

ámbito de la propia JV, cuando se afirma en el propio art. 2. 2 que < Resuelto un expediente de JV. por cualquier administrador ,no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados>, y no se produce, por el contrario, en su efecto negativo, fuera del ámbito de la propia jv., lo que se prevé en el art. 2.3, al disponerse que <La resolución de un expediente de jv. no impedirá la incoacción de un proceso judicial con el mismo objeto>

En definitiva, las resoluciones de jv. no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jv., pero sí en este ámbito., en sus efectos negativo y positivo. Cabría afirmar, por su parte, en relación con éste último, que cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento, y ello encajaría en el denominado efecto positivo de la cosa juzgada material, por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de jv., siempre que ésta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el juez no estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el procedimiento de jv. Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría a mi juicio, una peligrosa variable, que sólo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia.

Lo que si sucederá, en ocasiones, es que en la práctica, la resolución del expediente habrá producido los correspondientes efectos, y no cabrá la revocación de su contenido, así por ejemplo, cuando el Juez ha autorizado al tutor para proceder a la venta de los bienes del menor, incapacitado o persona con discapacidad y la venta se ha producido, o el Juez ha autorizado una intromisión legítima en el ámbito del honor, intimidad personal y familiar o propia imagen del menor o incapaz y la actuación se ha realizado, o el Juez ha autorizado el tratamiento médico a una persona con trastornos psíquicos y la atención clínica ha tenido ya lugar , o el Juez ha autorizado la extracción de un órgano de un donante vivo y ésta se ha producido, o cuando verificado el nombramiento del defensor judicial de un menor o incapacitado, el defensor ha procedido ya a litigar en su representación, o cuando la subasta judicial no ejecutiva realizada ante Secretario Judicial ha concluido mediante la adjudicación de los bienes subastados, o cuando el Notario ha procedido ya a la apertura y lectura del testamento cerrado, o cuando el Registrador Mercantil ha convocado la Asamblea General y ésta se ha celebrado.

7 SUSTANCIAL MODIFICACIÓN DEL MARCO COMPETENCIAL

La reducción de las competencias de los Jueces, la configuración institucional de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles como órganos o agentes de JV, la redistribución de competencias residenciadas en el órgano judicial entre Jueces y Secretarios Judiciales y la previsible atribución en

el futuro de competencias a otros funcionarios de la Administración del Estado, constituyen el cambio más visible de entre los que conforman el nuevo perfil de la institución. Sería aconsejable, a mi juicio, en esta línea de sustancial modificación de criterio legislativo, aprovechar la oportunidad que supone la reforma para deslindar, con vocación de permanencia, entre:

a) Un ámbito judicial de competencias, con reserva jurisdiccional, conforme al art. 117.3 CE, referido a derecho de personas, derecho de familia (materias que se atribuyen a la competencia judicial en el art.13 del PL), al que deberían añadirse, de forma expresa, las actuaciones que tengan por objeto, derechos y libertades fundamentales, materias que afecten a menores o incapaces o sobre las que los interesados no puedan disponer libremente, y aquéllas otras en las que esté en juego un interés público.

b) Un ámbito de competencias residenciado en el órgano judicial, en garantía de derechos, atribuible a Jueces y, a Secretarios Judiciales, conforme al art. 117.4 CE.

c) Un ámbito administrativo de competencias, atribuible a Notarios y Registradores de La Propiedad y Mercantiles, también en garantía de derechos, conforme a los arts.149.1.8 y 9.3 CE., en el que se incluyen, como así se ha hecho en el Proyecto de Ley, un amplio número de procedimientos que, atribuidos en su momento a los jueces, en atención a decisiones de oportunidad, tradición histórica, orden público u ordenación del sistema, han sido objeto de traslado e imputación a estos operadores jurídicos, o bien en consideración a la propia naturaleza de las actuaciones o bien debido a criterios actuales de política legislativa.

En relación con dicho ámbito administrativo, si bien el término Jurisdicción, entendido en sentido técnico, debería reservarse en puridad para hacer referencia a los titulares de potestad jurisdiccional, Jueces y Magistrados, así como otros órganos expresamente previstos en la Constitución, por lo que la denominación más apropiada para referirse a la titularidad de estos profesionales sería: <Competencias notariales o registrales en garantía de derechos> y, en este sentido me he pronunciado en numerosas ocasiones, creo que resulta asimismo razonable argumentar, situándose dentro de la propia lógica interna que opera en el interior del sistema que se pretende modificar, y que, en definitiva, determina su progreso, que la asimilación de las actuaciones propias de los distintos operadores jurídicos en el marco exclusivo del ejercicio pacífico de los derechos, unido al hecho del reconocimiento de competencias en la materia a estos operadores jurídicos en distintas etapas históricas, podrían resultar elementos a valorar en orden al mantenimiento de la terminología utilizada en el texto prelegislativo.

La posibilidad de atribuir la competencia para conocer y resolver expedientes de JV <...a otro funcionario designado – en la misma posición que se otorga al Juez, Secretario Judicial, Notario y Registrador – para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil o mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados>, conforme a los artículos 1.2 y 13.2, supone introducir una

cláusula genérica que podría materializarse en el nombramiento de funcionarios, sin más especificaciones, a los que se atribuyese la titularidad en el futuro en supuestos de JV. Se corre con ello el riesgo innecesario de desnaturalizar el término jurisdicción aplicado a la competencia del funcionario designado, lo que no sucede, como he intentado explicar, con la utilización de la expresión Jurisdicción Voluntaria referida a Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores, por razones históricas, de derecho comparado y de ubicación funcional en el seno del propio órgano jurisdiccional.

Parecería por ello más conveniente que en vez de prever una lista abierta de funcionarios en la Ley Marco reguladora de la JV, se atribuyan competencias específicas, en la propia Ley de JV o en otras disposiciones legislativas, a funcionarios singulares, como los Cónsules o los Registradores de Bienes Muebles, como así se establece en el caso de los Registradores de Bienes Muebles en la Disposición Final segunda, 13º, por la que se modifica el art. 274 de la LH, conforme al cual: <...Los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales.....En su condición de funcionarios públicos ejercerán aquéllas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que la legislación específica les atribuya.....>.

En relación con los Cónsules, su competencia viene prevista en el Procedimiento denominado “Protesta de Mar e incidencias de viaje“, art. 190.1: <En los casos en que la legislación aplicable exija que el capitán al llegar al puerto de destino haga constar algunas incidencias del viaje, deberá hacerlo ante la Capitanía Marítima, de acuerdo con lo dispuesto en la ley general de navegación marítima .Si se tratara de un país extranjero ante el cónsul español>.

En el sentido expresado, a mi juicio, la competencia de los cónsules en materia de JV podría asimismo haberse previsto:

a) En relación con la regulación de la competencia en materia de Derecho Internacional, correspondiente al Título II, Capítulo II, arts. 9 a 11.

b) En materia de declaración de herederos abintestato, el Anteproyecto de 2005, preveía en el art. 286.3 que: < Cuando el causante no hubiera tenido en ningún momento su domicilio en España, se podrá realizar la declaración de herederos mediante acta de notoriedad por el cónsul de su domicilio>, se trataba con ello de colmar una laguna legal que afectaba a los españoles que, residentes en el extranjero, no hubieran tenido en ningún momento residencia en España.

c) Se prevé la intervención de los Cónsules en materia de testamentos cerrados u ológrafos, en la nueva redacción que se propone del art. 736 C.C., en la Disposición Final Primera, 9º: < El agente diplomático o funcionario consular en cuyo poder hubiera depositado su testamento ológrafo o cerrado un español , lo remitirá al Ministerio encargado de asuntos exteriores una vez conocido el fallecimiento del testador, junto con el certificado de defunción, si obra en su poder>. Dado que el Cónsul, en estos casos, cumple una función notarial, podría reconcérsese competencia para proceder a la apertura y adveración del testamento.

Las novedades que introduce el texto del art. 736 son: la sustitución de “agente consular” por “agente diplomático o consular”, “Ministerio de Estado” por “Ministerio encargado de asuntos exteriores” y la obligación del Ministerio de Estado de “publicar en el BOE la noticia del fallecimiento”, se sustituye por la obligación del Ministerio de “remitir el testamento al Juzgado”.

d) En materia de Derecho marítimo, en el Procedimiento denominado “Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo”, en aquellos casos en los que el lugar en que concluya el transporte esté en un país extranjero.

En el Anteproyecto de 2005, se preveía asimismo la competencia del cónsul en los procedimientos de Enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados, arts 284 y 285 y de Autorización judicial para la venta del buque, arts. 304 a 306, ambos suprimidos en el Proyecto de Ley.

En cuanto a las atribuciones de los Jueces de Paz en materia de JV, el Proyecto de Ley establece que:

a) Serán competentes para conocer de los actos de conciliación que le correspondan por el domicilio del requerido (art. 30)

b) Lo convenido en acto de conciliación se ejecutará por el Juez de Paz ante el que se celebró la conciliación, cuando por la cuantía sea de su competencia (art. 37.2)

c) Deberá prestar la autorización para la extracción y trasplante de órganos de un donante vivo, en aquellos supuestos que desempeñe la función de Juez encargado del Registro Civil de la localidad en que ha de realizarse la extracción.

En relación con la asignación de competencias específicas atribuidas a los distintos operadores jurídicos en el Proyecto de Ley, procederé a realizar alguna observación por si resultase susceptible de ser tomada en consideración:

a) Parecen más propias de la competencia judicial, en garantía de derechos, sin reserva jurisdiccional, que de la competencia de los Secretarios Judiciales o Notarios:

a.2) La valoración de las cuentas del albacea (art. 153); y

a.3) La autorización para que el albacea pueda efectuar actos de disposición sobre bienes de la herencia (art. 155,4º).

Se trata de actuaciones que, por su propia naturaleza, parecen refractarias, conforme a la actual posición de estos operadores jurídicos en el Ordenamiento, con la función notarial o la propia del secretario judicial.

b) Parece razonable que se atribuya a los Secretarios Judiciales la competencia compartida con los Notarios en materia de Declaraciones de herederos abintestato a favor de los ascendientes, descendientes y cónyuge viudo. La exclusividad competencial en esta materia a favor de los Notarios, en el contexto actual de competencias compartidas entre estos dos operadores jurídicos, titulares de la fe pública judicial los Secretarios y de la fe pública extrajudicial los Notarios, no parece estar justificada, por lo que la disposición de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de la Reforma Procesal, que modifica en este sentido

el art. 979 de la LEC de 1881, para atribuir a los Notarios, en sustitución de los Jueces, la mencionada competencia exclusiva, y que ciertamente resultó un acierto, en atención a casi nula conflictividad producida al respecto desde su entrada en vigor, debería ser revisada en el sentido de reconocer la competencia compartida a Notarios y Secretarios Judiciales en relación con los herederos abintestato de toda condición, como así se había previsto en la regulación del procedimiento específico, arts. 186 a 191, del Anteproyecto de 2005.

En sentido contrario al indicado, de supresión de la exclusividad notarial, el Proyecto modifica la regulación que en materia de testamento cerrado había previsto el Anteproyecto de 2005, conforme al cual cuando el testamento cerrado estaba depositado en el Archivo de un Notario le correspondía a éste en exclusiva la apertura, adveración y protocolización del mismo, y de conformidad con este tenor se modificaba el art. 712 del CC, mientras que en los supuestos en que el testamento había quedado en poder del testador o de una tercera persona, quien tuviese el testamento en su poder podía optar por acudir a un Notario o al Juzgado para proceder a su presentación, adveración y, en su caso, posterior protocolización, y así se preveía en la modificación del art. 714 del CC.

Pues bien, conforme a la regulación prevista en el Proyecto, desaparece la exclusividad competencial del Notario que tenga en su archivo el testamento para proceder a su adveración y apertura y el interesado podrá optar por otro Notario o por el Secretario Judicial competente para la realización de las formalidades requeridas, art. 712. Sin embargo, aunque no se prevé de forma expresa, parece evidente, y será lo más frecuente, que el interesado que opte por el cauce notarial, puede decidir que sea el propio Notario que ha autorizado su otorgamiento, quien proceda a la adveración, apertura y protocolización del testamento.

Ahora bien, en la Memoria Justificativa del Proyecto, apartado IV, parece que por error, se continua distinguiendo entre aquellos supuestos en los que el testamento cerrado está depositado en el Archivo del Notario, en los que se reconoce a éste la competencia exclusiva para su adveración y apertura y aquellos supuestos en que el testamento no se encuentra en el Protocolo notarial, en los que el interesado podrá optar por acudir a la intervención del Notario o a la del Secretario Judicial.

La exclusividad de la competencia de los Secretarios Judiciales se articula, asimismo, en el Proyecto en relación con los siguientes supuestos:

- a) Subastas judiciales no ejecutivas, arts. 128 a 133.
- b) Declaración de extinción de la obligación en la consignación, conforme al art. 127, 3.
- c) Robo, hurto o extravío o destrucción del título al portador, arts. 177 a 180.
- d) Orden de venta de bienes o efectos depositados, conforme al art. 186, en el procedimiento de depósitos en materia mercantil.
- e) Nombramiento de perito en los contratos de seguros, arts. 187 y 188
- f) Protesta de mar e incidencias de viaje, arts. 190 y 191

g) Liquidación judicial de avería gruesa, arts.192 a 197.

La conciliación se atribuye en exclusiva asimismo al Secretario Judicial, salvo en aquellos supuestos que el requerido tenga su domicilio en un municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia o Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, en cuyo caso será competente para conocer del acto de conciliación el Juez de Paz, conforme al art. 30.

No se prevén competencias compartidas con ningún otro operador jurídico, en los supuestos de actos de JV cuyo conocimiento y resolución se atribuye a los Jueces.

Las competencias compartidas se conforman: o entre Secretarios Judiciales y Notarios; o entre Secretarios Judiciales y Registradores de la Propiedad o Registradores Mercantiles; o entre Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad o Mercantiles, en determinados expedientes en los que los ciudadanos pueden optar por solicitar la tramitación del expediente ante cualquiera de los tres operadores jurídicos, como sucede por ej. en el expediente de dominio, art. 115; el expediente de liberación de gravámenes, art. 120; la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad, art.159; la constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas, art.170; la nota marginal de doble inmatriculación, prevista en el art. 312.2º del Reglamento Hipotecario, conforme a la Disposición Adicional Segunda a) y la Disposición Adicional tercera b); o el Procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas, previsto en el art. 74 de la Ley Hipotecaria, conforme a la D. A. segunda b) y a la D. A. tercera c).

Asimismo en relación con los Secretarios Judiciales, podría preverse una cláusula general, conforme a lo establecido en el art. 5.3 del Anteproyecto de 2005, en la que se estableciese de forma expresa que :<En los casos en que la resolución definitiva del expediente corresponda al Juez, el Secretario Judicial llevará a cabo toda la tramitación excepto la comparecencia y la admisión y práctica de pruebas>, lo que redundaría en la agilización del expediente, y ayudaría a atenuar al la sobrecarga de trabajo de los Jueces. Cabe, en todo caso, señalar que la aplicación supletoria al respecto de la LEC podría, en la práctica, producir el mismo resultado que la aplicación de la aludida cláusula específica.

ii. En relación con la atribución de competencias a los Notarios, cabe señalar, el amplio reconocimiento que al respecto se materializa en el texto del Anteproyecto, en materia de derechos reales, obligaciones, sucesiones, derecho mercantil y derecho marítimo y, a salvo de las reservas formuladas, en materia de plazo para el cumplimiento de la obligación y en aspectos puntuales en sede de albaceazgo cabría, no obstante, a mi juicio, la adición al texto definitivo de los siguientes supuestos – con carácter compartido con los Secretarios Judiciales –, a los que ya me he referido en estudios anteriores:

a) La presencia y documentación que requiere un matrimonio civil, es una función propia de la labor del Notario y del Secretario Judicial.

b) La separación y divorcio por mutuo consenso, podría asimismo formalizarse ante Notario o Secretario judicial, salvo la aprobación del convenio regulador, en los casos de existencia de menores de edad o incapacitados, que deberá ser aprobado por el Juez.

c) En las uniones de hecho podría regularse la función acreditadora y documentadora del Notario respecto a la existencia real de la convivencia y al tiempo de relación previo a tal acto de constatación.

d) En materia de adopción de mayores de edad y de menores emancipados.

e) La reconciliación que el art. 84 del CC. exige que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez, a fin de poner término al procedimiento de separación y dejar sin efecto ulterior lo en él resuelto, podría acreditarse mediante acta notarial.

f) La formalización de inventarios prevista en diversos textos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuida al Juez, encaja mejor en la función propia de los Notarios y Secretarios Judiciales. Al efecto, en el Anteproyecto de 2005 se había regulado en el artículo 15, ubicado en sede de procedimiento general, la práctica del inventario de bienes.

g) La posesión judicial de bienes a favor de quienes los hubieren adquirido por herencia, si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario – es decir, el tradicional interdicto de adquirir la posesión, conforme a la denominación clásica sustituida, a mi juicio, de forma equivocada, por una larga perífrasis, en el art. 250.3 LEC – podría atribuirse al Notariado y a los Secretarios Judiciales, como expediente de JV.

h) La posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, que conforme a la previsión del Proyecto, pasaría a la competencia de los Secretarios Judiciales, art. 13.3, es asimismo materia cuyo conocimiento y resolución debería atribuirse, de forma compartida, a Notarios y Secretarios Judiciales.

i) Las subastas judiciales no ejecutivas, arts. 128 a 133 del Proyecto, atribuidas en exclusiva a los Secretarios Judiciales, constituyen asimismo actuaciones propias de la función notarial, al igual que ya sucede respecto a la realización extrajudicial ejecutiva de bienes de naturaleza diversa, por lo que convendría establecer su carácter de expediente compartido por ambos operadores jurídicos. Se trataría con ello de En este sentido, se establecía en el Anteproyecto de 2005, art. 171.3 que: <Salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado expresamente dispongan lo contrario, los interesados podrán instar la enajenación en subasta notarial, inicialmente o en cualquier momento anterior al anuncio de la subasta. En tal caso, se sobreseerá el expediente judicial de subasta si se hubiere iniciado>.

j) La protocolización de memorias testamentarias, en los derechos civiles especiales en los que exista como institución propia .

k) La manifestación del heredero, que se hubiese reservado el derecho de deliberar, relativa a la aceptación o el repudio de la herencia, a la que se refiere el art. 1019 CC, deberá realizarse ante el Secretario Judicial, y debería preverse asimismo la competencia notarial.

l) Los testamentos militar y marítimo, arts. 716 a 721 y 722 a 731 CC, o determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho Civil de Comunidades Autónomas, en los que no ha intervenido el Notario, requieren la acreditación de su autenticidad y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, lo que constituye una función propia de la actuación notarial. Lo mismo cabría afirmar del testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia, arts. 700 a 704 CC, o en caso de naufragio, art. 731 CC, en los que la actuación consistente en autenticar, calificar y documentar las afirmaciones de los testigos, constituyen una función propia de la actuación notarial, como sucede, en general, en una materia, como la testamentaria, esencialmente notarial desde el originario derecho romano, en el que tabeliones eran juristas prácticos especializados en testamentos y contratos.

m) El procedimiento de protesta de mar e incidencias de viaje, arts. 190 y 191 del Proyecto, en cuanto que se trata de un acto de documentación y presencia, propio de la función notarial.

iii. En relación con las competencias de los Registradores de la Propiedad y Registradores Mercantiles, cabe resaltar, en una primera aproximación, el amplio reconocimiento de atribuciones previstas en el Proyecto en el ámbito de los derechos reales y del derecho mercantil. Con la finalidad asimismo de contribuir a la posible mejora del marco competencial de estos operadores jurídicos, contenido en cuerpos legales diversos, se formula las consideraciones que siguen.

Constituye una relevante novedad el reconocimiento de competencia a los Registradores de la Propiedad para resolver Expedientes de Dominio, art. 115 y Expedientes de Liberación de gravámenes, art. 120, para lo que se procede a la modificación de los arts. 201 y 210 de la Ley Hipotecaria, contenida en la Disposición final segunda, apartados 9º y 11º. Convendría, sin embargo, reflexionar, al respecto, sobre la conveniencia de prever las oportunas sustituciones, conforme a lo regulado en el art. 275 bis de la Ley Hipotecaria, a fin de que en los supuestos indicados, como en aquellos otros que tengan una naturaleza análoga, no recaiga en el mismo Registrador la competencia para resolver el expediente y al propio tiempo para proceder a la inscripción del documento que corresponda en el Registro.

La titularidad de los expediente mencionados es compartida con los Secretarios Judiciales, regulándose los correspondientes procedimientos en los capítulos II y III, del Título VI del Proyecto, Jurisdicción Voluntaria en materia de derechos reales, y Notarios, si bien en relación con estos operadores jurídicos no se prevé la actuación notarial al respecto, por lo que habrá que esperar a una futura modificación legislativa, conforme a la Disposición adicional segunda que

prevé que: <El Gobierno llevará a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la presente ley>.

Cabe destacar asimismo el reconocimiento de competencias a los Registradores Mercantiles en materia de nombramientos, expertos en cuestiones societarias, en la mayoría de los supuestos:

- a) Nombramiento y revocación de auditor de cuentas, conforme a la Disposición Adicional cuarta d). En el art. 163 se prevé, por otra parte, que <....la solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios pueda efectuarse ante un Registrador Mercantil>. Se modifican al respecto los arts. 205 y 206 de la LSA, en la Disposición final sexta.
- b) Nombramiento de Presidente de junta o asamblea general, conforme al art. 167: <...cuando se trate de entidades inscritas en el Registro Mercantil, si la junta general o asamblea ordinaria o extraordinaria no pudiera ser convocada por carecer la entidad de administradores o liquidadores en su caso, el Registrador Mercantil correspondiente, a solicitud de cualquiera de los socios o miembros, podrá convocar dicha junta o asamblea general a los solos efectos de que se proceda al nombramiento de tales cargos y nombrará Presidente de entre los socios o miembros, el cual estará facultado para requerir la presencia del Notario>.
- c) Designación de un interventor que fiscalice las operaciones de liquidación, a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social, conforme al art. 175 y a la Disposición adicional cuarta, c). (art 269 LSA).
- d) Designación del liquidador en los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 110 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada., conforme a la Disposición adicional cuarta, c).
- e) El nombramiento de codirector en las compañías mercantiles previsto en el art. 132 del C.Co., conforme a la Disposición final cuarta, a).
- f) La designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, siempre que así se hubiera previsto en estatutos o decidido expresamente por las Juntas que acuerden la fusión o escisión de sociedades, conforme a la Disposición adicional cuarta, a).

En esta línea de previsión de competencias en materia societaria, podría incluirse en la futura Ley, la competencia de los Registradores Mercantiles para : Emitir dictamen no vinculante sobre el cumplimiento o no, por parte de la sociedad , de los derechos de información que legalmente correspondan al socio. Se trata del reconocimiento de una competencia, ya prevista en el Anteproyecto de 2005, que podría tener un efecto antilitigioso en las relaciones entre los socios y la sociedad.

8 DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Procederé, a continuación, a formular algunas consideraciones acerca de la regulación de los procedimientos específicos, contemplados en el Proyecto, que abarca un total de treinta y siete: la conciliación y once en materia de personas, dos de derecho de familia, tres de derechos reales, tres de derecho de obligaciones, seis en materia de sucesiones, ocho de derecho mercantil y tres de derecho marítimo.

Se ha suprimido en el Proyecto el procedimiento de mediación judicial previsto en el Anteproyecto de 2005. Constituía la mediación una de las más relevantes innovaciones de la propuesta de la Ponencia. Se había querido al recoger esta figura, como se explicaba en la Memoria Justificativa, dar respuesta a las recomendaciones internacionales de realizar esfuerzos en aras a disminuir la conflictividad judicial y la petición de un importante sector doctrinal que pedía su introducción. Se le planteó incluso a la Ponencia la oportunidad de regular la mediación extrajudicial, lo que se desechó al entenderse que se excedía con ello del mandato recibido. En el articulado se establecía que la mediación tendría lugar cuando las partes, en cualquier momento del procedimiento, solicitasen la suspensión del curso del litigio, para intentar alcanzar un acuerdo contando con la actividad mediadora de un tercero.

Se permitía, incluso conforme a la previsión legal, que el Tribunal de oficio, y con suspensión del curso de los autos, remitiese a las partes a mediación cuando, después de las alegaciones iniciales de las partes, no hubiese sido posible lograr un acuerdo en el momento previsto legalmente para ello, siempre que se apreciase, en resolución motivada y oídas las partes, que todavía era posible y conveniente, a través de la actuación de un mediador, conseguir una solución negociada, teniendo particularmente en cuenta la naturaleza de la controversia, el interés público en ella ínsito o las consecuencias personales y sociales de la conflictividad en el supuesto específico.

Se regula la conciliación, arts. 29 a 38, atribuyéndose la competencia al Secretario Judicial o al Juez de Paz, conforme a las previsiones del art. 30. Sin embargo, se suprime la conciliación intraprocesal, que constituía una de las principales novedades de la regulación del Anteproyecto de 2005. Al respecto se pronunciado Seoane Cacharrón, en su examen comparativo entre el Anteproyecto del Ministerio de Justicia y el elaborado por la Ponencia, en el sentido de considerar más conveniente el mantenimiento de la posibilidad de conciliación en todas las instancias del proceso, incluso en la ejecución, en línea con la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986.

Salvo en el aspecto indicado la regulación de la conciliación en el Proyecto reproduce, en líneas generales, la prevista en el A.2005, y en relación con el Anteproyecto 2006, establece en el art. 32 que los actos de comunicación podrán practicarse por el procurador de la parte solicitante si así lo pidiere, y en el art. 36

que se dará testimonio de la solicitud de conciliación y de los documentos aportados al interesado o interesados que lo pidieren.

Constituye una novedad la regulación del procedimiento para obtener la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, arts. 39 a 42. Cabe destacar al respecto la legitimación a favor del padre o la madre autores del reconocimiento, así como del reconocido o de su representante legal, según los casos. Asimismo se configura como una innovación, respecto de lo previsto en los Anteproyectos anterior, la previsión, contenida en el art. 42.2, in fine, de que alcanzada por el reconocido la plena capacidad podrá, mediante declaración auténtica, invalidar, si no lo hubiere consentido, la determinación de la filiación realizada por el Juez durante su minoría de edad o incapacidad.

Se regula en un procedimiento específico, la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento de defensor judicial de menores e incapaces, previsto en el art. 300 del CC.

Se hace referencia, en lo que constituye una novedad en las leyes procesales, a la adopción internacional, estableciéndose al respecto que se estará a lo previsto en el art. 9.5 del CC, así como a lo establecido al respecto en los Convenios internacionales en que España sea parte, conforme al art. 58. Constituye asimismo una novedad, ya prevista en los anteriores Anteproyectos que, en los supuestos de expedientes sobre acogimiento de menores y adopción, la competencia recaiga en el Juzgado de la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección de menores y, sólo en su defecto, en el del domicilio del adoptante, conforme al art.14.2,3^a.

En el Procedimiento por el que se regulan las medidas relativas a la sustitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, arts.59 a 67, se incorpora como novedad lo previsto en el Reglamento CEE nº 2201 2003 DEL Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Constituye una novedad la regulación específica del procedimiento para obtener la autorización judicial para las autorizaciones legítimas en el ámbito del honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen del menor o incapacitado, cuando el Ministerio Fiscal se hubiere opuesto al consentimiento otorgado por su representante legal, arts. 76 y 77.

En relación con el procedimiento relativo a la autorización judicial para realizar actos de disposición o gravamen sobre bienes o derechos de menores o incapaces y para transigir acerca de sus derechos, arts. 78 a 83, cabe resaltar que se permite que la autorización se extienda a la celebración de venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada

En la regulación de la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, arts. 74 y 75, se establece que la apelación será recurrible con efectos suspensivos, salvo en el caso del art. 5.6 de la Ley 41 2003 .

Constituye una novedad, al tiempo que un notable acierto, la regulación de los procedimientos correspondientes a: La autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, arts. 84 a 87, y La extracción de órganos de donantes vivos, arts.99 a 101.

Los procedimientos en materia de derecho de familia se reconducen a:

a) La solución de controversias en el ejercicio de la patria potestad, arts.106 a 108, que abarca supuestos como, la discordancia sobre la conveniencia de operar o no a un hijo, el colegio a elegir para su formación, la realización o no de una transfusión de sangre, el ejercicio de la custodia del menor cuando los padres vivan separados, las relaciones de los menores con el padre o la madre que no ejerza la patria potestad o con sus parientes o allegados, las relaciones del menor en régimen de acogimiento con los progenitores el régimen de visitas, la adopción de providencias necesarias para la administración y recaudo de los bienes del menor, cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio de los bienes de sus hijos etc.

b) La intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, arts. 109 ss , en la que quedan englobados supuestos como la fijación del domicilio, la disposición de la vivienda, la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio etc.

En relación con el Expediente de dominio, arts.114 a 118, cabe destacar:

a) la ampliación el marco competencial a Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores Mercantiles, al que ya he aludido en un apartado anterior;

b) el traslado de la regulación contenida en la Ley Hipotecaria al texto del Proyecto como un procedimiento específico

c) la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal, lo que cabe entender en consonancia con lo que supone una modificación relevante respecto de lo previsto en el actual 1815 LEC 1881, y al A. 2005 que establece la intervención del Ministerio fiscal cuando el procedimiento afecte a intereses públicos, lo que podría plantearse si en el expediente se viesen afectados intereses de ausentes o de personas en paradero desconocido o propiedades públicas, si bien hay que hacer constar que en el Informe del Consejo Fiscal se justifica la supresión de la intervención del Fiscal en estos supuestos, en atención a:< que dichos expedientes atañen meramente a intereses privados y así lo pone de manifiesto el hecho de que no esté prevista la intervención del Fiscal en el ulterior proceso contencioso si se llega a entablar contienda>.

Se ha trasladado asimismo la regulación del Expediente de regulación de cargas y gravámenes – respecto de la que cabe, en líneas generales, extender la exposición formulada respecto del expediente anterior – contenida en la Ley Hipotecaria, al texto normativo del Proyecto, arts.119 a 122.

En relación con la consignación, arts. 125 a 127, se reconoce la competencia del Secretario Judicial y del Notario, si bien hubiera sido deseable haber mantenido

la propuesta de modificación del art. 1178 CC, formulada por el A. 2005, en orden a la previsión de actuación notarial. En todo caso, es competencia del Notario declarar, en su caso, bien hecha la consignación, es decir, cumplidos los requisitos de identidad e integridad de la prestación, si bien sólo el Secretario podrá declarar cancelada la obligación, conforme al art. 127.3 del Proyecto

A los procedimientos en materia de sucesiones ya me he referido en otro apartado de este estudio. Sí conviene resaltar que el procedimiento de protocolización del testamento ológrafo ha sido trasladado del CC al Proyecto de Ley de JV, arts. 144 a 148, y que se ha suprimido, sin que ello esté justificado, a mi juicio, en la tramitación del expediente, la referencia a la oposición, del párrafo segundo del actual art. 693 CC, conforme al cual: <Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda>.

La temática sucesoria en el A. de 2005 y en el Proyecto de Ley, ha sido, respectivamente, estudiada con detalle, por Juan José Marín, en una comunicación presentada a las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en Cantabria, febrero de 2006 y José María De Prada, en Ponencia presentada en el Colegio Notarial de Madrid en octubre de 2006, ambas en prensa, y que he podido consultar por cortesía de los autores.

En relación con los procedimientos de derecho mercantil y de derecho marítimo, me remito, asimismo, a lo ya expuesto, al respecto, en diversos apartados del presente estudio.

Cabría finalmente señalar que resulta justificada la determinación del carácter preferente de determinados procedimientos, como el retorno de menores en supuestos de sustracción internacional, art. 66, el acogimiento o la adopción, art. 49.3, así como la ausencia de efectos suspensivos del recurso de apelación, salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario, lo que sucede por ejemplo en supuestos de adopción o venta de bienes de menores e incapacitados si bien en algún supuesto, como el de retorno de menores parece más apropiado un cambio de criterio, al efecto de prever el efecto suspensivoⁱ (**Endnotes**).

En relación con la bibliografía sobre jurisdicción voluntaria, además de la ya indicada en la primera parte de este estudio, cabe hacer referencia, entre otras, a las siguientes publicaciones :

9 DE LAS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

En la Disposición Adicional 1ª establece que las referencias a asuntos (sería más correcto : actos) de JV en normas de fecha anterior a esta Ley, a la LEC, se entenderán hechas a la presente Ley .Asimismo que las referencias a las competencias del Juez, que efectúen leyes de fecha anterior a la presente, se entenderán hechas al Juez o al Secretario Judicial.

En las Disposiciones Adicionales 2º, 3º y 4º, se mencionan diversos expedientes previstos en diversos cuerpos legales del Ordenamiento – singularmente la Ley Hipotecaria, el Reglamento Hipotecario, el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Responsabilidad Limitada y el Reglamento del Registro Mercantil –, que no se ha considerado oportuno trasladar como procedimientos específicos al texto normativo del Proyecto, y cuya titularidad se atribuye de forma compartida a : Secretarios Judiciales y Notarios; Secretarios Judiciales y Registradores de la Propiedad y Secretarios Judiciales y Registradores Mercantiles.

En la Disposición Adicional 5ª, se establece el compromiso del Gobierno de aprobar los aranceles de derechos correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Merantiles.

En la Disposición Adicional 6º, se contiene el compromiso del Gobierno relativo a las modificaciones y desarrollos reglamentarios precisos para la aplicación de la presente Ley .

En la Disposición Adicional 7ª, se reconoce competencia al Juez de Violencia sobre la Mujer en materia de jurisdicción voluntaria.

En la Disposición Transitoria única se regula el régimen de los expedientes en tramitación.

En la Disposición Derogatoria única se establece la derogación de los artículos correspondientes a la materia de la LEC 1881, al propio tiempo que la vigencia de las previsiones de esta Ley de 1881, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley General de Navegación Marítima. En el momento actual ambas leyes, la de Jurisdicción Voluntaria y la de Navegación Marítima, están en fase de tramitación parlamentaria.

El apartado segundo de esta Disposición derogatoria, podría no contemplarse sin menoscabo del texto legal, al referirse a que quedan derogadas, conforme al apartado segundo del artículo 2 del Código Civil, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley.

En la Disposición Finales 1ª a 6º se modifican determinados artículos: en la 1ª del Código Civil, en la 2ª de la Ley Hipotecaria, en la 3ª de la Ley del Notariado, en la 4ª del Código de Comercio, en la 5ª de la Ley del Contrato de Seguro y en la 6ª de la Ley de Sociedades Anónimas.

Especial detenimiento y comentario merece el nuevo marco normativo de atribución de competencias en materia de jurisdicción voluntaria, contenido en las propuestas de modificación de artículos correspondientes a

– La Ley del Notariado, art.1, en relación con los Notarios:<.....Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan>

– La Ley Hipotecaria, art.16.3, en relación con los

Registradores de la Propiedad. <En su condición de funcionarios públicos ejercerán aquellas funciones de jurisdicción voluntaria que la legislación específica les atribuya>.

– El Código de Comercio, art 16.3, en relación con los Registradores Mercantiles: <Como funcionario público, el Registrador Mercantil administrará los expedientes de jurisdicción voluntaria que le atribuya el ordenamiento>

Objeto de especial análisis, a mi juicio merece, por su parte, la Disposición Adicional tercera, por la que se modifica el art. 1 de la Ley de Organización del Notariado, y ello en atención a que supone un cambio relevante respecto al actual contenido del art. 1.

En el párrafo segundo del citado artículo se establece: <Como funcionario público – se refiere al Notario – ejerce la fe pública notarial que implica la obligación de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de aquéllos. Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan>.

A mi juicio, sería conveniente reconsiderar la redacción de este párrafo, en el sentido de:

- 1) Ajustar mejor la extensión que se atribuye a la fe pública en la reforma
- 2) Introducir la referencia a los contratos y demás actos extrajudiciales, contenida en el vigente art. 1 de la Ley del Notariado.

El objeto de la dación de fe se refiere a hechos, perceptibles, percibidos y recogidos como tales por el Notario en el documento que otorga. En tal consideración cabe enmarcar la identidad de los otorgantes y la declaración de que el consentimiento ha sido libremente prestado, a lo que cabría añadir que – a juicio del Notario – el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes, dado que en estos casos parece más bien que estamos, más que ante un ejercicio de la dación de fe en sentido técnico, ante un juicio o una calificación notarial, que podrá ser acertada o errónea.

En definitiva, la propuesta que formulo de revisión del citado párrafo se concretaría en la siguiente redacción del mismo:

<Como funcionario público el Notario ejerce la fe pública notarial , conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, lo que implica la obligación de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que, a su juicio, el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de aquéllos. Igualmente como funcionario público, ejercerá aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que según la legislación específica se le atribuyan>.

En la Disposición Final 7ª se prevé el Título Competencial y en la 8ª la Entrada en vigor, prevista para un año de su publicación en el BOE, salvo las disposiciones contenidas en la presente Ley que atribuyen competencia a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, que <sólo adquirirán vigencia si el Gobierno aprueba los aranceles de derechos a que se refiere la disposición adicional quinta de esta Ley>, si bien parece hubiera sido más apropiado la fórmula <que sólo adquirirán vigencia cuando el Gobierno apruebe los aranceles.....>.

Se establece, finalmente, en el apartado 3 que:

< El Título X de la presente Ley- referido al Derecho Marítimo – entrará en vigor en la misma fecha en que lo haga la ley general de navegación marítima, si ésta se produjera después de transcurrido el plazo referido en el párrafo primero de esta disposición>

10 VALORACIÓN FINAL GLOBAL DEL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Cabría afirmar, en conclusión, que la nueva configuración de la Jurisdicción Voluntaria, racionaliza el sistema, amplía el marco competencial a diversos Cuerpos de Funcionarios, redistribuye competencias en el seno del órgano judicial y articula un procedimiento unitario y respetuoso, en líneas generales, con las exigencias de la tutela judicial efectiva, con reglas precisas de funcionamiento, criterios legales y principios informadores, por lo que merece, a mi juicio, con las salvedades manifestadas en materia de reserva jurisdiccional, garantías y contradicción, una valoración global positiva y debería suponer, en el futuro, la no identificación de la Jurisdicción Voluntaria con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, al tiempo que podría constituir el punto de partida para la elaboración de una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria que, de forma definitiva, incardine este materia en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental.

²⁶ En relación con la bibliografía sobre jurisdicción voluntaria, además de la ya indicada en la primera parte de este estudio, cabe hacer referencia, entre otras, a las siguientes publicaciones:

Vid de forma especial en la doctrina española :

RAMOS MENDEZ, La Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio. Madrid 1978; Id. Derecho procesal civil. T.II, Barcelona 1992, pp 1289ss ; ALMAGRO, con Cortés Domínguez, Gimeno Sendra y Moreno Catena, en Derecho Procesal Civil, tomo I, Vol II, pp.535-593; y GONZALEZ POVEDA, Jurisdicción Voluntaria, 3ª Ed., Pamplona 1997.; AA.V.V. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, Coordinador GONZALEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997

Vid. asimismo sobre Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano y en Derecho Procesal vigente:

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano, Madrid, 3ª ed. 1999, prólogo

de M.Amelotti; Id., A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id., Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id., Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Iurisdictio voluntaria", en D. 1.16.2. pr., Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215; Id., "La Jurisdicción Voluntaria", Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id., Jurisdicción voluntaria 2001. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342; Id., La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id., La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id., Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id., Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id., Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24; Id., A propósito del futuro Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, 2002, pp. 18-22. Id., Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306; Id., Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional, nº 37, Actualidad Civil 2001, pp. 1317-1341; Id., La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id., Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09-2004; Id., Problemas (II), Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 17-09-2004; Id., Interrogantes (III) Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 26-09-2004; Id., Soluciones (IV), Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 3-10-2004; Id., Jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y futuro. Estudios Homenaje Manuel Albaladejo, tomo I, 2004, pp. 1655-1691; Id., La hora de la Jurisdicción Voluntaria. Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005, pp.1901-1921; Id., La reforma de la Jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones, La Ley 23 de marzo de 2005, pp.1-9; Id., Jurisdicción Voluntaria, ABC. 21-5-2005; Id., La reforma de la jurisdicción voluntaria, Otrosí, Revista del Colegio de Abogados de Madrid, septiembre de 2005, pp.16-19; Id., Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria. Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia, Octubre de 2005; Id., La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado, Burgos, noviembre de 2005, en prensa; Id., "Reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria", Estudios Homenaje al Prof. J. González Campos en prensa; Id. El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el anteproyecto de ley de octubre de 2005, La Ley, 8 de junio 2005; Id. La jurisdicción voluntaria ,El Anteproyecto de junio de 2006. El Notario del siglo XXI, agosto 2006.; El procedimiento de jurisdicción voluntaria común a jueces y secretarios , en Economist & Jurist, en prensa;

Competencias notariales en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en El Notario del siglo XXI Vid.,asimismo en la doctrina española: ALVAREZ-CASTELLANOS, El proceso de jurisdicción voluntaria, Revista DE DERECHO Procesal, 1945, pp.331-353. Gimeno Gamarra, Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria, ACD, 1953, pp. 5 ss.; Carreras, Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, en Estudios de Derecho Procesal, 1962; Prieto Castro, Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, pp. 585 ss.; Font Boix, El Notariado y la jurisdicción voluntaria, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; Serra, Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; Alcalá-Zamora, Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss; GOMEZ ORBANEJA, Y HERCE QUEMADA, Derecho Procesal Civil, 8ª ed. Madrid 1976. Ramos Méndez, La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, Madrid 1978; Almagro, El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III, J.F.P.J., Madrid 1987, pp. 65-72; Muñoz Rojas, Sobre la jurisdicción voluntaria, Actualidad Civil, nº 9, 1989; Id., Actualidad Civil, nº 39, 1990; PEDRAZ, Constitución, Jurisdicción, Proceso, 1990. Fairén, Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. Sobre el paso de la jurisdicción

voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual, ADC, 1991, pp. 947-969; DIEZ-PICAZO, L.M., Régimen constitucional del poder judicial, Madrid 1991; GOMEZ DE LIAÑO, Derecho Procesal Civil, 2ed., Oviedo 1992, pp 566 ss.; Martín Ostos, Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley nº 2946, 25-2-1992; Almagro, con Cortés Domínguez, Gimeno Serra y Moreno Catena, en Derecho Procesal II, vol. I, Parte General. Proceso Civil. Valencia 1992, pp. 535-593; Auger, Reforma de la jurisdicción voluntaria, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; Ramos Méndez, Derecho Procesal Civil, t. III, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; Belloch, Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; Gómez Ferrer, Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado, R.J.N., 1993, pp. 9-178; Ortiz Navarrete, Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, Actualidad Laboral 1996; DE PRADA, Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10ª de la Ley 19/ 1981, Derecho Judicial, 1996, pp.57 ss.; González Poveda, Jurisdicción voluntaria, 3ª ed., Pamplona 1997; JUAN SÁNCHEZ, en ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil, Aranzadi 2001, pp. 85-97, SÁNCHEZ BARRILAO, Las funciones jurisdiccionales de jueces en garantía de derechos, Madrid 2002; DE LA OLIVA, con I. DIEZ-PICAZO, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Madrid 2001, pp. 229 ss.; DE LA OLIVA, J. DIEZ-PICAZO y VEGAS TORRES, Derecho Procesal. Introducción. Madrid 2002; Seoane Cacharrón, El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, nº 3, pp. 91-108; MONTERO AROCA, con GOMEZ COLOMER, MONTON Y BARONA, Derecho Jurisdiccional V I, Parte General y V.II . Proceso civil, Valencia 2005, GOMEZ COLOMER, pp 859ss; LIÉBANA ORTIZ, Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, Redur,3,2005,pp.163-182..

Vid en la doctrina extranjera: Habscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München 1983; Denti, La giurisdizione voluntaria revisitata, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1987 y en *Studi in onore di E.Allorio*, Milano 1989; Allorio, Saggio polemico sulla giurisdizione voluntaria, *Revista T.de Diritto e Procedura Civile*, 1948; Fazzalari, *La giurisdizione voluntaria*, Padova 1953; Micheli, voce Camera di Consiglio, en *En. Dir.*, Milano 1958, vol IV; Januzzi, *Manuale della voluntaria giurisdizione*, Milano 2000; Santarcangelo, *La Voluntaria Giurisdizione I y II*, 2003 y la bibliografía allí citada, y con carácter general ,las contribuciones contenidas en *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo Civile*, Palermo 1989 2 Vid. sobre jurisdicción voluntaria notarial en : Font Boix, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en *Academia Matritense del Notariado*, t. XV, 1967, pp.; Almagro, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; Solís Villa, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, *Estudios Academia Sevillana del Notariado*, Madrid 1998; Rodríguez Adrados, Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la L.H, Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer; Gómez-Ferrer, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp.9-178; Gómez Colomer, con Montero, Montón y Barona, cit., p.903; Auger, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 33, 1992, pp. 7-27; Belloch, J.A, *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, pp. 9-42; Fernández De Bujan, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 141-162. Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado*, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss. Nuñez Lagos, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; De La Cámara, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; Rodríguez Adrados, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987. MARIN LOPEZ, *Derecho de sucesiones y jurisdicción voluntaria*, Comunicación presentada en las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en febrero de 2206, en prensa; DE PRADA GONZALEZ, *En torno a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*, *El Notario del siglo XXI*, n.4 M ADRID 2006, pp 21 a 24; CAMPO GUERRI, *Notariado y Jurisdicción Voluntaria*, *El Notario del siglo XXI*, n.6, Madrid 2006, pp.144-147; Rodríguez Adrados, *EL principio de veracidad*, *El Notario del siglo XXI*, n.9, sep/oct .2006 .pp. 26 ss

Vid sobre jurisdicción voluntaria registral: Marina, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, AAMN, t. 32, 1991, pp. 496 ss.; González Pérez, *La impugnación de los actos registrales*,

RCDI, 1955, pp. 413 ss.; Geron Peña, La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral. Estudios de Derecho Procesal, vol. III, 1996, pp 3936 ss.; Amorós, La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios, RCDI, 196. A.A.V.V. Jurisdicción Voluntaria y Registro Civil, en Estudios de Derecho Procesal, dirigidos por I DIEZ-PICAZO Y J. MARTINEZ- SIMANCAS, Vol. III, Madrid 1996, pp3775-4016

Vid sobre Secretariado Judicial y jurisdicción voluntaria: 4 Vid. en este sentido en Almagro, El Secretario Judicial y la futura jurisdicción voluntaria. Fe pública Judicial, III Jornadas, Madrid 1987, pp. 65 ss; Pedraz, La nueva secretaría judicial, RPJ, 1992, pp. 85 ss. y Martín Ostos, El Secretario Judicial a examen, Madrid 1994. Sobre atribución de competencias específicas a los Secretarios Judiciales, vid. Vázquez Sotelo, La intervención de Secretario en el proceso, I.J.F.P.J., Barcelona 1985; Moreno Catena, La Fe Pública Judicial y la publicidad en la LOPJ, II JFPI, Alicante 1986; Lorca Navarrete, El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil, VJJFPI, Salamanca 1990; Habscheid, El Rechtspfleger en Europa, trad. Bujosa, Berlín 1989; Núñez Rodríguez, La intervención del Secretario Judicial en el Registro Civil, IV JFPI, 1991, Seoane Cacharrón, Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial, V JFPI, Salamanca 1990; Id. El Secretario Judicial ante la futura ley sobre jurisdicción voluntaria, Revista Centro Estudios Ministerio de Justicia 2003, pp. 91-108. Ortiz Navacerrada, El Secretario Judicial en el borrador de Proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, en Actualidad Civil núm. 33, pp. 15-21 septiembre de 1997. Opinaba ya entonces este autor que mejorarían los rendimientos prácticos del órgano jurisdiccional, si el Secretario Judicial asumiera sin reservas, la totalidad de actuaciones estrictamente ejecutivas que todavía continúan, en parte al menos, residenciadas en el Juez.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NA ESPANHA, DE OUTUBRO DE 2006.

Resumo: O projeto sob comento trata da distribuição de competência entre juízes e notários, estes como agentes da JV, além de outros aspectos. A reforma legislativa e administrativa enfoca a ‘desjudicialização’ de procedimentos, em matéria de direitos reais, obrigações, sucessões, direito mercantil e direito marítimo. Aborda diferenças em relação ao anteprojeto de junho de 2006 e os elementos essenciais da reforma, com vistas à racionalização e ampliação do chamado marco competencial para órgãos que estão fora do âmbito do Judiciário. Entende-se que deva haver uma valoração global positiva desta iniciativa – sem supressão ou diminuição de garantias, prazos ou formalidades –, para que se possa desenvolver, no campo da ciência processual, uma Teoria Geral da Jurisdição Voluntária, e não uma mera técnica procedimental.

Palavras-chave: Processo. Jurisdição Voluntária. Direito espanhol. Projeto de lei.

A Incorporação da Função Social dos Contratos Pelo Código Civil de 2002: Uma Inovação no Direito Brasileiro?

JOSÉ VANDER TOMAZ CHAVES

Mestre em Direito pela UFC. Diretor do Núcleo Judiciário da Justiça Federal no Ceará. Professor de Direito Civil na FA7.
vander@jfce.gov.br

Sumário: 1) A consagração do princípio da socialidade no atual código; 2) O regime de cláusulas gerais do Código Civil; 3) Análise do art. 421 do Código Civil; 4) Função social e contratos atípicos; 5) Aplicabilidade do art. 421 do Código Civil aos contratos aperfeiçoados anteriormente à sua vigência; 6) Considerações finais; 7) Referências bibliográficas.

Resumo: O Código Civil brasileiro de 2002, ao preceituar a necessidade de que a liberdade contratual seja pautada pela função social dos contratos, acolheu em seu texto a principiologia que já se verificava no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o princípio da socialidade há muito impregna o Direito pátrio, a exemplo do que se pode inferir do art. 3o, I, Constituição Federal de 1988 e de diversas outras fontes normativas. Ademais, dele é decorrente a função social da propriedade, da qual deriva a função social a ser desempenhada pelos contratantes. Não se pode, contudo, reputar inócua aquela providência legislativa, vez que propiciou uma maior visibilidade ao princípio da função social dos contratos, contribuindo para a sua efetivação.

Palavras-chave: Função social dos contratos. Socialidade. Código Civil de 2002. Cláusulas gerais.

1 A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NO ATUAL CÓDIGO

Depois de tramitar durante mais de um quarto de século, o projeto do Código Civil brasileiro converteu-se na Lei de no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Apesar de haver decorrido tal lapso temporal, verifica-se que a novel codificação civil logrou trazer à letra de seus dispositivos regras e princípios adequados aos preconizados pela ordem constitucional inaugurada em 1988¹. Sobre tal aspecto, afirma Noemi Lidia Nicolau, ao comentar acerca do novo Código:

“Uno de sus rasgos típicos, común a todos los códigos de derecho privado modernos, es que han dejado de ser sistemas aislados y están ahora íntimamente vinculados con los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento constitucional de sus respectivos países [...]. El nuevo sistema está bien coordinado con esos principios, renovados en la Constitución Federal de 1988, destacándose, por ejemplo, la regulación de los derechos de la personalidad, el énfasis puesto en la función social del dominio (art. 5 de la Constitución Federal) y del contrato y la nueva estructura familiar² (com grifos nossos).

Isso ocorre porque, atento aos valores ora operantes, decorrentes de toda a evolução doutrinária e política vivenciada nos séculos XIX e XX, o legislador de 2002 assimilou ao novo Código o princípio da socialidade ou do solidarismo. Tal princípio já havia sido experimentado pelo legislador constituinte de 1988, o qual inseriu entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3o, I, da Constituição Federal), o que, de resto, faz-se reforçado pela diretriz interpretativa estatuída pelo preâmbulo da Constituição, através da qual o constituinte remeteu ao Estado a necessidade de

¹ Nesse tocante, é digno de nota o fato de que o Projeto no 634/75, elaborado entre 1969 e 1975, sob a égide da Constituição Federal de 1967, aos quais se sucederam aproximadamente 13 (treze) anos ainda sob aquela ordem constitucional, em muito haveria de ser nela baseado. Como exemplo do asseverado, aponta-se passagem de parecer do Deputado Ernani Satyro, enquanto Relator-Geral do projeto, para quem "a afirmação da função social do contrato, consoante o art. 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o art. 160, III, da Constituição de 1969" (cf. ALVES, Jones Figueiredo. Art. 421. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372). Tal circunstância em nada prejudica a notável adequação do novo Código à Constituição vigente, vez que ela "não fez senão confirmar o 'sentido social' que presidiu a feitura do projeto", havendo sido necessárias alterações mais consideráveis apenas da seção correspondente ao Direito de Família (REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998, p. 39).

² NICOLAU, Noemi Lidia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo Código civil brasileño. Roma e America. Diritto Romano Comune. Roma, v. 16, p. 41-51, jan. 2003, p. 43.

asseguração da liberdade, do bem-estar e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social.

Miguel Reale já esclarecia que um dos objetivos do novo Código era o de superar o individualismo reinante no anterior, circunstância que haveria justificado a consagração do princípio da socialidade, o qual aponta para a prevalência dos “valores coletivos sobre os individuais”³.

Como há muito reconheceu Cimbali, ao proclamar a necessidade de uma substancial reforma no Código Civil italiano vigente no início do século XIX, “il periodo individualistico, sotto l’influsso del quale e per disciplinare il quale furono scritte le legislazioni civili vigenti, pare oramai destinato ad esser chiuso per sempre, cedendo man mano il campo al periodo della socialità”⁴.

De igual modo, para Messineo, o princípio da socialidade constituiria “el correctivo a una concepción excesivamente individualista”, cujo principal aspecto seria “la preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares”⁵.

Iturraspe, por seu turno, afirma que “a solidariedade tem que ver com as atividades humanas socializadas, com a normação de condutas compartilhadas, com a consciência jurídica coletiva”. Uma vez consagrada, ela importaria a obrigação de a pessoa “colaborar na realização das outras pessoas” e “abster-se de toda ação contrária a esse propósito”⁶.

Como se vê, esse ideário, desconhecido do Código Civil de 1916, vez que influenciado pelos sopros do individualismo reinante à sua época, encontra-se consagrado pela atual codificação civil e pela legislação esparsa⁷, ante a renovação teórica verificada. Foi dessa inclinação que adveio o art. 421 do Código Civil vigente, o qual expressamente preconizou a função social dos contratos.

Não obstante, existiram vozes levantadas em desfavor daquele novel dispositivo, as quais apontavam para o caráter negativo e temerário da submissão do contratante aos interesses da sociedade. Daí a circunstância de que, durante a tramitação do projeto do novo Código, fez-se apresentada a Emenda de no 371, a qual, fulcrada na suposta imprecisão do conceito de função social do contrato e na circunstância de que a subordinação da liberdade de contratar a essa função

³ REALE, Miguel. Ob. cit., p. 23.

⁴ CIMBALI, Enrico. La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali. In: Opere complete di Enrico Cimbali. Vol. I. 4. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1907, p. 8: “O período individualístico, ante cujo influxo e para cuja disciplina foram escritas as legislações civis vigentes, parece agora destinado a ser encerrado para sempre, cedendo lugar ao período da socialidade”.

⁵ MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo I. Trad. R. O. Fontanarossa, Santiago Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 20-21.

⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. Interpretación económica de los contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 31 apud SANTOS, Antônio Jeová. Função social do contrato. São Paulo: Método, 2004, p. 124.

⁷ A exemplo das Leis de nos 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra); 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade); e 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

atingiria o regime da livre iniciativa, indicava para o preceito em comento a redação: “ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá a sua finalidade social”.

Não se poderia, entretanto, deixar de apontar alguns reparos a tal entendimento.

A modificação implementada na legislação civil pátria encontra-se adequada aos ditames do regime capitalista hodierno – notadamente àquele preconizado pela Constituição Federal de 1988 –, o qual, como sabido, é pautado na ponderação recíproca entre os interesses dos indivíduos e os da sociedade, habilitando o Estado a intervir para a promoção de tal balanceamento. Não se poderia, inclusive, em que pese o notório mérito e a atualidade da orientação adotada pelo novo Código, reputá-lo vanguardista ou ousado. O legislador de 2002 desincumbiu-se a contento de sua importante missão de atualização do direito aos ditames sociais, ao menos no que toca ao afã social a ser observado pelos contratantes.

Além disso, a previsão da função social dos contratos na atual legislação não inovou no direito brasileiro, senão na literalidade da lei. Ainda que não houvesse sido expressamente prevista pela novel codificação, ainda se apresentaria a função social como princípio integrante do Direito dos Contratos, vez que a função social a ser desempenhada pelos contratantes decorre da função social da propriedade, a qual já há muito prevalece em nosso direito, mormente depois da promulgação da Constituição de 1988.

“la institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada. Si no se admitiese la riqueza (propiedad) privada, ésta no podría circular y el contrato carecería casi enteramente de función práctica”⁸.

Daí a lição de Judith Martins-Costa, para quem a função social dos contratos “constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade, que está no art. 5o, inciso XXIII, da Constituição Federal”⁹.

Destarte, pode-se afirmar com segurança que ao contrato já se fazia cometido o desempenho de uma função social mesmo antes de vigorante o Código Civil de

⁸ MESSINEO. Ob. cit., p. 15.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 351.

2002. A previsão de tal função no projeto daquele diploma apresenta-se, em verdade, como reconhecimento de um princípio já existente no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, a Constituição de 1967, assim como a Emenda Constitucional no 01 de 1969, consagrava expressamente a função social da propriedade, em que busca origem a função social dos contratos¹⁰. Aquele princípio também se viu adotado e ainda aprimorado pela Constituição de 1988. Esta não trouxe explícita a expressão “função social do contrato”, mas não precisaria fazê-lo, sendo suficientes, para a consagração de tal princípio na esfera constitucional, os dispositivos nela alusivos à socialidade e à função social da propriedade.

O já esboçado é bastante para verificar-se que, mesmo antes do Código Civil de 2002, poderia e deveria ser efetivada a função social dos contratos. Daí porque, à guisa de exemplificação, poder-se-ia conceber a circunstância de um magistrado, verificando que determinado contrato fugia à função social que deveria desempenhar, alterar-lhe os termos para o fim de trazê-lo ao seu normal caminho ou até reputá-lo inválido, ainda que sob a égide do Código revogado. Tal decisão não poderia ser tida por teratológica ou infundada, porquanto baseada em norma existente e válida, decorrente do arcabouço constitucional então vigente. Já não haveria, pois, a necessidade de que algum dispositivo legal expressamente trouxesse em seu bojo aquele princípio, vez que visivelmente existente no direito positivo pátrio. Ademais, como se extrai da lúcida visão de Pietro Perlingieri,

“a solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”¹¹.

Por outro lado, é indubitável que desse mesmo aparato constitucional já se viam derivadas outras normas as quais manifestavam o princípio sob comento, como as insculpidas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Muito da regulação ali deferida aos contratos de consumo, como a indicação do rol exemplificativo de cláusulas abusivas (art. 51) e os preceitos ante os quais podem restar responsabilizados todos os integrantes da

¹⁰ Insta anotar que a função social da propriedade somente veio expressada, em nível constitucional, na Carta de 1967, mas já era então vigorante, como se pode depreender das Constituições de 1934 (art. 113, §17) e 1946 (arts. 141, §16; e 147) e da Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), em seus arts. 2o e 12, entre outros.

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

cadeia de fornecimento (arts. 12, 13, 14, 18, 19 e 20), explicita notável aplicação da função social dos contratos. Ademais, logo em seu art. 1o, aquele diploma explicita seu desiderato de proteger a ordem pública e o interesse social.

Essa remissão ao Código de Defesa do Consumidor permite-nos observar um exemplo de que, cotejando as normas insertas no direito infraconstitucional e as inscritas na Constituição Federal, podem ser identificados nestas os princípios que originaram aquelas. Entre tais princípios restará indubitavelmente identificada a função social dos contratos. Isso significa que *a existência de normas infraconstitucionais decorrentes de um princípio constitucional possui o condão de confirmar a vigência deste, tornando notória a sua positivação e a necessidade de sua aplicação a situações por elas não tratadas*. É o que já ocorria com a função social dos contratos, consubstanciando nova demonstração de que tal princípio preexistia à atual codificação.

Por conta do exposto, forçoso indagar se haveria a real necessidade de o legislador inserir entre as disposições do atual Código a expressa previsão da função social dos contratos. Não restaria inútil tal expressão? Impõe-se a resposta negativa. O art. 421 daquele diploma está distante daquilo que se poderia considerar inócuo. A circunstância de a função social dos contratos já há muito se encontrar assimilada por nosso ordenamento, não obstante verdadeira, reservava-se recôndita no tratamento deferido à propriedade. Ainda que se considere cristalina tal circunstância, como se procede no presente estudo, é indubitável que a inexistência de previsão específica em direito abre azo para dúvidas e dissensos que, muitas vezes, conduzem à sua errônea aplicação e prejudicam, por conseguinte, a sua efetividade. Daí a afirmação de que “o novo Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista esse princípio, reconhecido pela doutrina, às vezes, ao aplicar da lei, são feridos valores sociais insubstituíveis”¹².

Ora, se mesmo depois de delineada no art. 421 do Código Civil a função social dos contratos recebeu investidas em seu desfavor, é de se considerar que tais posicionamentos seriam ainda mais acatáveis sob o silêncio daquele dispositivo. Entre tais investidas, pode-se destacar a formulada por Sílvio Rodrigues, para quem o dispositivo em estudo apresentava “um certo sentido demagógico”. Acrescentou aquele mestre que “há princípios que regem o direito contratual [...] E verificar-se-á que o legislador tem restringido, mais ou menos, a liberdade contratual. Esta liberdade encontra restrição na lei, e só nela”¹³.

¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 32.

¹³ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Vol. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

A novel disposição do Código Civil, atinente à função social dos contratos, veio reforçar a efetividade da consagração daquele princípio no direito brasileiro – nele explicitando textualmente o que já se verificava contextualmente – e indicar a necessidade de seu aprimoramento, no afã de conferir-lhe efetividade. A partir da vigência do atual Código, resulta clara, ou mesmo inegável, a positivação daquele princípio.

A inserção do mencionado art. 421 no Direito pátrio fez-se relevante, inclusive, para que a função social dos pactos obtivesse na doutrina a ressonância merecida, vez que os doutos geralmente ocupavam-se da função social da propriedade apenas enquanto atinente ao proprietário não contratante. Como afirmou Teresa Negreiros, em obra publicada às vésperas da entrada em vigor do novo Código, devia-se provavelmente à inexistência de uma cláusula geral que expressamente consagrasse o princípio da função social dos contratos a pouca atenção até ali a ele deferida¹⁴. Tal situação obteve sensível modificação a partir da vigência da cláusula geral inscrita no aludido dispositivo, como se tratará com maior minudência doravante.

2 O REGIME DE CLÁUSULAS GERAIS DO CÓDIGO CIVIL

O art. 421 do Código Civil, o qual incorporou de modo literal a função social dos contratos no Direito pátrio, é fruto da técnica legislativa empregada com prodigalidade pelo legislador de 2002: a da estatuição de cláusulas gerais. Com efeito, tal técnica, a qual se verificou na formulação daquele dispositivo e de diversos outros, mostra-se bem distinta da utilizada na elaboração do Código anterior. Sob o império da autonomia da vontade, restaria inadmissível que normas de cunho geral disciplinassem o exercício da liberdade contratual.

Além disso, o pandectismo germânico reinante no século XIX, mormente em sua segunda metade, o qual propalava a adoção de fórmulas e categorias jurídicas abstratas para a solução dos problemas concretos, muito influenciou o Código Civil de 1916, cujo projeto data do final daquela centúria¹⁵. Destarte, restou proeminentemente empregada naquele Código uma técnica legislativa casuística,

¹⁴ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

¹⁵ Vale anotar ser aos pandectistas que se atribui a excelência existente no Código Civil alemão de 1900 (GOMES, Orlando. Escritos menores. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 244), "grande monumento da pandectística tedesca" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 374), o qual muito inspirara a codificação brasileira revogada, como se vê, v.g., na adoção de uma parte geral e partes especiais e na explicitação de diversos conceitos (não obstante em um diploma legal, em cuja feitura a técnica de conceituação costuma ser repudiada).

através da qual se obsta a possibilidade de maior largueza interpretativa e a incursão do julgador na aferição dos elementos que compõem a *fattispecie* normativa.

Em conseqüência, vislumbrou-se a influência dessa doutrina que informou

“a tradição do ensino jurídico reinante durante, pelo menos, toda a primeira metade deste século [XX]. O sistema jurídico é visto de modo fechado como a concatenação das proposições jurídicas obtidas mediante análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e sobretudo sem lacunas, para o que todos os fatos da vida tidos como jurídicos possam subsumir-se numa das normas contidas pelo Código”¹⁶.

Além disso, como já anotado, a atividade intelectual da pandectística girava em torno da elaboração de conceitos abstratos (a exemplo dos de direito subjetivo e negócio jurídico), aquilatados a partir das fontes romanas, através dos quais se poderia imprimir solução a qualquer caso concreto. Tal aplicação não seria conformada pelas filigranas do fato empírico, tendo em vista que aquela doutrina, “preocupada com a formulação dos conceitos e noções que considerava básicos para a ciência jurídica, desprezava o exame de outros dados culturais que pudessem influir no conceito”¹⁷.

Por conseqüência desse esforço de abstração, formulavam-se conceitos distantes de elementos empíricos – sociais, religiosos, políticos, v.g. –, criando esse verdadeiro fosso entre a lei e a realidade. No apreço pelas fórmulas, olvidava-se a justiça.

Por tudo isso, mostra-se reluzente a constatação de que “a pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais”¹⁸ ou, quando muito, deferiram-lhe um mitigado papel, como se vê no art. 159 daquele diploma¹⁹.

Na seara contratual, o sistema do Código ab-rogado conduzia, como pontifica Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao “afastamento da possibilidade de aplicação

¹⁶ MARTINS-COSTA. A boa fé no direito privado, cit., p. 225.

¹⁷ GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 245.

¹⁸ MARTINS-COSTA. A boa fé no direito privado, cit., p. 267.

¹⁹ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”, in verbis. Vê-se, de toda sorte, que a própria formulação daquele dispositivo não evidencia uma substancial exceção à técnica casuística, pois ali já existe a fixação de uma *fattispecie* a orientar a aplicação da norma: violar direito ou causar prejuízo a alguém de forma culposa. Atenua-se ali, de toda sorte, a precisão costumeira dos dispositivos daquele diploma legal.

judicializada dos contratos de acordo com a preocupação de realizar a justiça material”²⁰. A intervenção do juiz nos termos do contrato, de forma desapegada das hipóteses estabelecidas pela lei, é que representaria, na concepção então vigorante, verdadeira afronta à justiça.

Além de adequada ao panorama então vigente, a técnica casuística verificada no Código de 1916 era pautada numa realidade sobre a qual pairava a idéia de perenidade das mais diversas instituições, em considerável diversidade com o dinamismo que tem marcado os últimos tempos. Aquela técnica, que outrora era vista como fonte de segurança nas relações sociais, produziria hoje o efeito inverso: a instabilidade das relações.

Por conta disso, traços que antes marcavam os contratos, como a imutabilidade e a obrigatoriedade, passaram a ser temperados. Em um mundo dinâmico, aquelas notas representariam verdadeiro desestímulo ao exercício da liberdade de contratar.

O atual Código Civil, no compasso dessa evolução verificada no último século, adotou a técnica da preceituação de cláusulas gerais – a qual se contrapõe à técnica casuística²¹ –, entre as quais se verifica a inscrita no comentado art. 421, entre diversos outros²². Símile trilha já havia sido seguida pelo Código de Defesa do Consumidor, em que a técnica em comento também se fez empregada (arts. 4o, III; 7o e 51, IV; v.g.), assim como pela própria Constituição Federal de 1988 (art. 5o, XXIII, e §2o; v.g.).

A adoção de tal técnica, a qual pressupõe a abertura do sistema hermético até então vigente na codificação civil doméstica, representa o reconhecimento vislumbrado no novo Código de que a realidade social não pode ser submetida ao direito, mas este àquela, ainda que sob o argumento da defesa da segurança jurídica. Como já afirmava Ripert: “*une société nouvelle connaît un droit nouveau. [...] Le droit est un produit de la vie sociale*”²³.

A respeito, afirma Elías Díaz:

“El Derecho como sistema de seguridad reenvía [...] A la idea del Derecho como realización de la libertad, de la igualdad y, en términos genéricos, de la justicia. La sola seguridad-legalidad es

²⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de Código Civil - as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 775, p. 18-31, mai. 2000, p. 18.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" - As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 753, p. 24-48, jul. 1998, p. 28.

²² A exemplo dos arts. 21, 113, 187 e 422.

²³ RIPERT, Georges. Le régime démocratique et le droit civil moderne. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, p. 1: "Uma sociedade nova conhece um direito novo. [...] O direito é um produto da vida social".

insuficiente y se abre necesariamente a la seguridad-legitimidad, seguridad como valor que implica asimismo la referencia a esos mencionados valores de libertad, paz, igualdad e justicia”²⁴.

A noção de que apenas o casuísmo da lei conduz à justiça consiste em ranço do individualismo liberal, o qual, baseado na primazia da igualdade formal e da segurança das relações, preconizava que a lei deveria ser a mesma para todos. Ao trazer-se para o caso concreto o disposto na hipótese legal, contudo, via-se muitas vezes ultrajada a justiça²⁵.

Atualmente, no cotejo entre a justiça material e a segurança supostamente gerada pela rigidez de fórmulas jurídicas, imperiosa a opção pela primeira²⁶, pois é essa a direção dos valores adotados pela sociedade hodierna e, conseqüentemente, eleitos pelo constituinte de 1988. Para tanto, valiosa a prescrição de normas de conteúdo aberto.

Ademais, a produção jurisprudencial e doutrinária fundamentada numa cláusula geral conduz irreprochavelmente ao seu gradativo esclarecimento e à conseqüente mitigação de sua vagueza. À segurança jurídica propiciada pelos precisos comandos legais sucederá a segurança orientada pelos fundamentos das decisões judiciais. Gerar-se-á, destarte, um crescente equilíbrio no binômio justiça-segurança.

Não se quer, apesar disso, impingir às cláusulas gerais a noção de um conteúdo que, por seu grau de abstração, se poderia reputar indeterminável, de sorte que a sua aplicação pudesse redundar num ato de arbítrio. O que nelas se deve divisar, em verdade, é um paulatino conhecer, uma determinação gradativa de seu conteúdo, mormente pelos órgãos judicantes. Pode-se afirmar, destarte, que as cláusulas gerais ostentam *conteúdo determinável* ante o caso concreto. É o corroborado pelas percucientes considerações de Judith Martins-Costa:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas

²⁴ DÍAZ, Elías. *Sociología y filosofía del Derecho*. 2. ed. Madrid: Taurus, 1992, p. 46.

²⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 181-182.

²⁶ Indo além do asseverado, Paulo Bonavides manifesta-se magistralmente acerca dos paradigmas que orientam Estado Social: "O ocaso das regras e dos Códigos teve por seguimento a aurora dos princípios e das Constituições. Em termos rigorosamente doutrinários, ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança; esta em sede de razão de Estado, que é a instância de abuso onde se absolvem e se canonizam os atos e força dos governantes desviados do bem comum. O Estado Social, pondo-se nessa linha, motivou e inspirou indubitavelmente a criação contemporânea de um novo direito na região teórica, com fundamentos principiais, bem afim às sugestões hermenêuticas de natureza concretista" (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 8-9) - com grifos nossos.

da realidade, uma vez que estas respostas são *progressivamente construídas pela jurisprudência*. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é o de enviar ao juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e dos costumes. Não se trata [...] De apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, *a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal*²⁷.

Insta frisar, ainda, que as cláusulas gerais não representam meras opções interpretativas, equívoco ao qual a vagueza daquelas normas pode conduzir o aplicador. Trata-se de normas jurídicas vinculantes, cuja aplicação é forçosa.

Igualmente, não devem ser confundidas as noções de princípio e cláusula geral. O princípio da função social dos contratos, norma jurídica autônoma no direito brasileiro, independeria de sua consagração em uma cláusula geral que lhe desse expressão, como já analisado (v. Item anterior). A cláusula consubstanciada no art. 421 do Código Civil, a seguir estudado, é norma jurídica que remete ao princípio da função social dos contratos, competindo para a sua efetivação.

Por outro lado, as cláusulas gerais, uma vez que são aplicadas mediante os elementos colhidos das situações concretas e dos valores reinantes ao tempo de tal aplicação, possuem o condão de não envelhecer, mostrando-se sempre aptas a imprimir a solução mais acertada aos casos submetidos ao seu preceito.

3 ANÁLISE DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL

Entre as cláusulas gerais delineadas pelo Código Civil de 2002, especial atenção neste estudo merece a identificada no art. 421 daquele diploma, o qual assim prescreve:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*” (grifou-se).

A preceituação de tal cláusula geral no dispositivo em comento revestiu-se do condão de explicitar literalmente, pela primeira vez, o princípio da função social

²⁷ MARTINS-COSTA. A boa fé no direito privado, cit., p. 299.

dos contratos no direito brasileiro. E fê-lo do melhor modo, logo na abertura do Livro referente aos contratos, o que demonstra a nítida intenção do legislador em posicionar a função social como um dos princípios basilares do Direito dos Contratos.

Disso decorre que o teor do dispositivo sob análise irradia-se para toda manifestação contratual, quer típica, quer atípica. Disciplinado na parte geral do regulamento dos contratos²⁸, despiciendo seria que as normas reguladoras das espécies de contrato disciplinadas pelo Código ou pela legislação esparsa fizessem referência à necessidade de os contratos serem celebrados em atenção à função social a eles remetida.

Impende anotar, ante a redação apresentada pelo texto vigente, que o legislador certamente intentou mencionar não a *liberdade de contratar*, mas a *liberdade contratual*, expressões portadoras de diversa significação. Com efeito, a liberdade de contratar explicita a faculdade do indivíduo de estabelecer ou não uma relação contratual, assim como a de escolher com quem contratar e quando contratar, enquanto a liberdade contratual apresenta-se como a possibilidade do indivíduo de determinar o conteúdo do contrato. Essa distinção é operada por Arnaldo Wald²⁹, Álvaro Villaça Azevedo³⁰ e Giselda Hironaka³¹, entre outros³², embora não goze de unanimidade³³.

²⁸ Título V do Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002.

²⁹ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 121; Idem. A evolução do contrato e o Novo Código Civil. *Revista da EMERJ – Especial (Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil)*, parte I. Rio de Janeiro, p. 236-248, fev-jun. 2002, p. 237; e Idem. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*lesio enormis*). *Roma e America. Diritto Romano Comune*. Roma, v. 16, p. 183-200, jan. 2003, p. 187. Neste, o autor é expresso ao asseverar que o art. 421 do Código Civil “não cogita da liberdade de contratar, mas da liberdade contratual, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa a proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo”.

³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ob. cit., p. 25-26.

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 68, p. 79-86, dez. 2002.

³² A exemplo de Mônica Bierwagen, Eduardo Sens dos Santos e Antônio Jeová Santos. Nas palavras da primeira, “se a liberdade de contratar não possui restrições, na medida em que se refere apenas à realização de contratos, evidentemente o dispositivo em questão (art. 421) só pode estar se referindo à liberdade contratual, esta sim limitada por normas de ordem pública, entre elas a própria função social do contrato” (BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48). O segundo arguiu que a liberdade de contratar seria a “de realizar ou não o pacto”, enquanto a liberdade contratual seria a de determinar-lhe as cláusulas (SANTOS, Eduardo Sens dos. *A função social do contrato*. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 31). Para o terceiro, a liberdade de contratar representaria a faculdade de concluir ou não concluir contratos, enquanto a liberdade contratual diria respeito “à possibilidade de as partes alterar o conteúdo do contrato, sujeitando-o a seus interesses”, de sorte que os contratantes podem livremente formular “as regras às quais pretendem se submeter” (SANTOS, Antônio Jeová. Ob. cit., p. 79-80).

³³ Para Caio Mário da Silva Pereira, a liberdade de contratar englobaria “a faculdade de contratar e de não contratar”, a “escolha da pessoa com quem fazê-lo”, “o poder de fixar o conteúdo do contrato” e a possibilidade de as partes, depois de concluído o acordo, moverem o Estado a assegurar a sua execução” (*Instituições*, cit., p. 9-10, sem grifos no original). Glauber Talavera, por seu turno, afirma que a liberdade contratual “equivale à função social do contrato”, sendo “limitada objetivamente pela ordem pública e pela maior valia dos direitos e interesses coletivos sobre os eminentemente individuais”, enquanto “a liberdade de contratar é a prerrogativa subjetiva, que cada contratante possui, de arbitrar sobre a viabilidade ou não de formalizar determinada contratação” (TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*. Brasília, v. 19, p. 94-96, out-dez. 2002, p. 96). Assemelha-se esta última posição com a aqui apresentada, merecendo reparo, contudo, ante a circunstância de que a liberdade contratual deve ser exercida em consonância com a função social dos contratos, mas com esta não se confunde.

Tal distinção provocou que se projetasse a alteração do dispositivo em comento, o que se fez através do Projeto de Lei no 6.960/2002, ora em tramitação no Congresso Nacional. É ali prevista a implementação do texto:

A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Com efeito, as escolhas decorrentes do exercício da liberdade de contratar pelo indivíduo e as restrições cometidas a tal exercício não tangem os interesses da sociedade, o que justifica a modificação pretendida. É o que explicou o deputado Ricardo Fiuza, proponente do projeto de alteração, ao afirmar naquele instrumento que a “liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato”.

Projetou-se, ainda, a supressão de outra passagem do atual art. 421, consubstanciada na eliminação da expressão “em razão”, o que também intentou justificar Ricardo Fiuza, para quem “a liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser”. Manteve-se, por outro lado, a noção de que a função social representaria limite à liberdade contratual. Impende analisar mais detidamente tais notas.

Ora, a função social não impõe somente uma conduta passiva ao proprietário, explicitada apenas por limites. Do contratante, assim como do proprietário, também se espera uma conduta ativa, de sorte que a propriedade e liberdade contratual não devem ser exercitadas para a satisfação de interesses meramente egoísticos. Em vez disso, deve-se, naquele exercício, buscar a satisfação de interesses da sociedade, sem que com isso sejam esvaziadas as vantagens conferidas ao indivíduo.

Não é diversa a conclusão que se extrai da lição de Judith Martins-Costa, para quem:

“[...] O direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios. [...] Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma ‘exceção’ a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito”³⁴.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158 e 160.

Exercendo-se a propriedade através de um contrato, é nítido que aqueles paradigmas haverão de ser observados pelos contratantes. A função social do contrato não apenas deve limitar a liberdade contratual, mas também servir de parâmetro ao seu exercício. Os limites a que alude o art. 421 devem, pois, ser considerados positivos, e não meramente restritivos. Como afirma Claudio Luiz Bueno de Godoy, “a função social do contrato é um limite interno, constante, e de vertente também positiva, promocional de valores básicos do ordenamento”, não devendo ser entendida simplesmente como um instrumento limitativo do direito de contratar³⁵.

De toda sorte, digna de aplauso é a projetada supressão dos termos “em razão” da atual leitura do dispositivo sob análise. Como afirma Mônica Bierwagen, “a função social não condiciona a existência da liberdade contratual”³⁶. Com efeito, se, por um lado, aquela função social deve ser levada em conta quando da concepção dos termos do acordo, por outro, ela indubitavelmente não será o motor principal da elaboração de tais termos, como realmente parece denotar o dispositivo em comento. Afinal, assim fosse, poder-se-ia afirmar que os contratantes deverão quedar-se adstritos ao interesse da sociedade ao elaborar o contrato, numa atitude de benemérito altruísmo. Essa noção conflita com a da função social da propriedade e, conseqüentemente, com a função social do contrato, pois ambas têm como pressuposto a propriedade privada e as faculdades a ela inerentes (*jus utendi, fruendi et abutendi*). Indo-se além, pode-se afirmar que nenhuma função social, independentemente do direito subjetivo a que aludir, pode ser concebida se dela totalmente afastados os interesses individuais.

Como já mencionado alhures, a Constituição Federal, ao estatuir entre os objetivos da República a construção de uma sociedade solidária, não descarta de que tal sociedade também seja livre (art. 3o, I), de tal sorte que o exercício da liberdade contratual não pode deixar de estar assentado nos interesses dos contratantes, desde que comungados com os interesses da sociedade. A função social do contrato não pode, pois, ser a razão do exercício da liberdade contratual, assim como a função social da propriedade também não pode ser considerada a razão do exercício do direito do proprietário.

Por conta de tais premissas, insta concluir que o art. 421 do Código Civil deve ser vislumbrado como prescrição remetida aos contratantes para que atendam, a um só tempo, os seus anseios e os da sociedade em que se inserem. Não se faria possível conclusão outra, haja vista representar a cláusula geral em comento a expressa consagração da função social dos contratos no direito pátrio.

³⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 191.

³⁶ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Ob. cit.*, p. 48.

4 FUNÇÃO SOCIAL E CONTRATOS ATÍPICOS

Partindo-se ao preceito contido no art. 425 do Código atual, lê-se que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. À luz da função social dos contratos, imperioso se mostra seja buscada a exata compreensão desse dispositivo, em verdadeira análise sistemática daquele diploma legal.

A norma em comento conduz expressão daquilo que já há muito se pratica diuturnamente no seio da sociedade, apesar da circunstância de que não havia dispositivo similar na codificação revogada. Tal preceito, contudo, não pode ser reputado óbvio, inclusive ante a regra hermenêutica segundo a qual não existem vocábulos supérfluos na lei³⁷.

Insta, pois, interpretar e aplicar a nova Lei Civil enquanto sistema coerente de normas, no qual necessariamente se insere a autorização para a conclusão de contratos atípicos. Nestes, cujo regramento basilar não é traçado pelo legislador, é seguramente maior a possibilidade de as partes não adotarem as posturas preconizadas pelo ordenamento jurídico, entre as quais se identifica o desempenho da função social dos contratos. Indubitável, pois, que a contratação atípica deverá ser pautada por tal princípio. Como se vê, é em sua parte final que o art. 425 ganha relevo e justificativa.

Para reforçar tal conclusão, valioso aludir aos termos do art. 1322 do Código Civil italiano, o qual corresponde ao dispositivo ora analisado do Código brasileiro, mostrando-se, contudo, mais acurado no que toca à necessidade de que a contratação atípica não se desvencilhe dos objetivos inculpidos no ordenamento. Dita aquele diploma peninsular:

“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi avventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”³⁸.

³⁷ V., a respeito da mencionada regra, FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 265.

³⁸ “As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei e pelas normas corporativas. As partes podem também concluir contratos que não pertencem aos tipos relativos a uma disciplina particular, porque dirigidos a realizar interesses mercedores de tutela segundo o ordenamento jurídico”.

5 APLICABILIDADE DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL AOS CONTRATOS APERFEIÇADOS ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA

Resta perquirir, por fim, se as disposições introduzidas pelo Código Civil de 2002 atinentes à função social dos contratos geram efeitos para os contratos elaborados antes da entrada em vigor do novel diploma, ocorrida em meados de 2003.

Num espectro genérico, o art. 2035 daquela Lei dispõe em seu *caput* que “a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”. Em especial referência ao objeto do presente estudo, o parágrafo único daquele artigo preceitua que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Percebe-se que o Código remete a aferição da validade dos contratos à lei sob cuja vigência foi constituída, mas a aquilatação de seus efeitos será feita, naquilo acerca de que tenham silenciado as partes, com base na atual legislação. Tal restrição temporal não alcança a função social, vez que o legislador de 2002 fez prevista a necessidade de sua observância a quaisquer contratos, independentemente do momento em que foram celebrados, o que inclui aqueles anteriores ao atual ordenamento jurídico pátrio. Essa é a conclusão a que induz não somente o texto do transcrito art. 2035, parágrafo único, mas também a sua topologia, vez que inserto no Livro Complementar do Código, referente às suas Disposições Finais e Transitórias.

O atual Código, destarte, impinge a contratos concluídos ainda sob a vigência do Código de 1916 a mesma necessidade de observância da função social exigida dos contratos celebrados depois de implementada a sua vigência. Daí porque a norma do art. 2035, parágrafo único, do novel diploma é por alguns reputada inconstitucional, a exemplo do que se observa nas palavras de Antônio Jeová Santos:

“[...] A intenção do legislador em considerar de aplicação imediata a lei de ordem pública a contratos (atos e negócios jurídicos) concluídos durante a vigência do Código Civil de 1916 [...] Será acoimada de inconstitucional, viciada *ex radice*, porque contraria o art. 5o, inciso XXXVI, da Constituição da República. [...] A segunda parte do art. 2035 e seu parágrafo único nasceram com a marca da inconstitucionalidade”³⁹.

³⁹ SANTOS, Antônio Jeová. Ob. cit., p. 315-316.

Não se pode, *data venia*, dar acolhida a tal entendimento. Como se procurou demonstrar alhures (item 1, *supra*), a função social dos contratos decorre da função cometida ao direito de propriedade, de sorte que a própria Constituição Federal de 1988, assim como o ordenamento a ela anterior⁴⁰, fez exigido dos contratantes o exercício da liberdade contratual plasmado pela função social.

Descabe, assim, considerar inconstitucional o parágrafo único do comentado art. 2035, pois apenas reconhece aquilo que já predicava a Lei Magna. É essa, inclusive, mais uma notável consequência advinda do reconhecimento da imbricação existente entre a função social da propriedade e a função social lançada à liberdade contratual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pode-se concluir que:

A) O Código Civil de 2002, em seu art. 421, inovou ao inserir na literalidade do ordenamento jurídico pátrio a função social dos contratos. O princípio explicitado naquele dispositivo, contudo, já se fazia presente no Direito brasileiro, porquanto decorrente da função social da propriedade, nele já há muito assimilada;

B) A providência do legislador de 2002 logrou, de toda sorte, propiciar uma maior desenvolvimento e aplicação da função social dos contratos, ao declarar de modo nítido a sua consagração;

C) A técnica legislativa da qual se originou o mencionado dispositivo também veio auxiliar na efetivação daquela função social, vez que nele identificada verdadeira cláusula geral;

D) O art. 425 do Código, por seu turno, reforçou a exigência da observância à função social pelos contratantes, ao prescrever que a contratação atípica deve ser exercida de modo a respeitar as normas gerais estabelecidas naquele diploma; e

E) O art. 2035 do Código Civil, ao submeter ao cumprimento da função social também os contratos firmados anteriormente à sua vigência, apresenta-se concorde com a Constituição Federal de 1988.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Projeto de Código Civil** – as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 775, p. 18-31, mai. 2000

ALVES, Jones Figueiredo. Art. 421. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002

⁴⁰ V. item 1, *supra*,

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CIMBALI, Enrico. La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali. In: *Opere complete di Enrico Cimbali*. Vol. I. 4. Ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1907

DÍAZ, Elías. **Sociología y filosofía del Derecho**. 2. Ed. Madrid: Taurus, 1992

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004

GOMES, Orlando. **Escritos menores**. São Paulo: Saraiva, 1981

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 68, p. 79-86, dez. 2002

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

_____. O direito privado como um “sistema em construção” – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 753, p. 24-48, jul. 1998

_____ e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002

MESSINEO, Francesco. **Doctrina general del contrato**. Tomo I. Trad. R. O. Fontanarossa, Santiago Sentís Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

NICOLAU, Noemi Lidia. Una peculiaridad del modelo jurídico derivado del nuevo Código civil brasileño. *Roma e America. Diritto Romano Comune*. Roma, v. 16, p. 41-51, jan. 2003

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998

RIPERT, Georges. **Le régime démocratique et le droit civil moderne**. 2. Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. 3. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. São Paulo: Método, 2004

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC, 2004

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*. Brasília, v. 19, p. 94-96, out-dez. 2002

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996

WALD, Arnaldo. A evolução do contrato e o Novo Código Civil. *Revista da EMERJ – Especial (Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil)*, parte I. Rio de Janeiro, p. 236-248, fev-jun. 2002

_____. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *Roma e America. Diritto Romano Comune*. Roma, v. 16, p. 183-200, jan. 2003

_____. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

Abstract: The Brazilian Civil Code of 2002, when establishing the necessity of the contractual freedom to be guided by the social function of contracts, has received in its text a principle that was already considered in the Brazilian legal system. In fact, the principle of the solidarity was already in the previous law, as seen in the 3rd article, number I, of the Federal Constitution of 1988 and many others normative sources. Besides, the social function of property (real estate), in which is included the social function expected from the contractors, comes from the solidarity itself. However, that legislative step was decidedly not useless, by providing a greater visibility to the principle of the social function of contracts, contributing for its application.

Keywords: Social function of the contracts; Solidarity; Civil Code of 2002; general clauses.

Da Ação Rescisória nos Juizados Especiais Cíveis – Um Estudo à Luz do Conceito de Direito Fundamental de Acesso à Justiça

FERNANDO ANTÔNIO NEGREIROS LIMA

Mestre em Direito (UFC). Procurador da República. Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil na FA7. negreiros@prce.mpf.gov.br

Sumário: 1) Introdução; 2) A restringibilidade dos direitos fundamentais; 3) O direito fundamental de ação; 4) Os juizados especiais: uma resposta legislativa ao problema do acesso à Justiça; 5) Os juizados especiais: uma resposta legislativa ao problema do acesso à Justiça; 6) A proibição da ação rescisória: sua irrazoabilidade; 7) Considerações finais; 8) Referências bibliográficas.

Resumo: Aborda-se o tema da proibição de aforamento de ação rescisória em sede de juizados especiais (art. 59, Lei 9.099/95). Discute-se tal questão à luz da teoria dos direitos fundamentais. A partir da possibilidade teórica de restrição de tais direitos, quando em confronto com outros de igual natureza – admitida como premissa –, analisa-se a razoabilidade da restrição ao direito fundamental de acesso à justiça (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Estuda-se a natureza do direito de ação e passa-se em revista o procedimento sumaríssimo previsto na lei especial em comento. Historiam-se as origens do aludido procedimento e procede-se a exame de direito comparado. Conclui-se pela incompatibilidade de tal específica restrição com a norma da lei maior e sustenta-se a possibilidade de propositura da ação do art. 485, do Código de Processo Civil, contra sentenças de mérito transitadas em julgado nos feitos que tramitarem perante os juizados especiais estaduais e federais.

Palavras-chave: Processo. Direito fundamental. Ação. Juizados especiais.

1 INTRODUÇÃO

Se os direitos subjetivos consagrados pela ordem jurídica nacional (por toda e qualquer ordem jurídica nacional, frise-se) representam a positivação de certos valores, que uma dada sociedade reputa, em um determinado momento, mercedores de tutela jurídica, então não há como fugir à consciência de sua relatividade: direito algum é absoluto, simplesmente porque os valores, que cada direito consagra e positiva, são e serão sempre relativos.¹

Assim também os direitos fundamentais. Expressão e positivação de certos valores essenciais ao grupo social, admitem, na exata medida do caráter heterogêneo e multifacetário desse e de cada grupo, a coexistência de valores outros, antípodas, com os quais não se pode conviver harmoniosamente. Figurem-se, por exemplo, os direitos fundamentais ao trabalho, à liberdade de associação e à propriedade privada (CF/88, art. 5º, XIII, XVII e XXII, respectivamente). Não obstante os termos peremptórios em que são assegurados, a ninguém ocorreria supô-los absolutos, sendo por isso mesmo passíveis de restrição, quando confrontados com outros direitos de igual natureza.²

Espanto alguma há de causar, pois, a quem quer que seja, possa também o legislador processual estabelecer restrições a direitos e garantias individuais, amparando-as em outros valores jusfundamentais que, em certas e específicas situações, resolva prestigiar, em detrimento daqueles. Os exemplos são muitos, podendo ser mencionados, entre outros, a possibilidade de concessão de medidas de caráter liminar *inaudita altera parte* (quando, então, o princípio constitucional do contraditório – integrante do núcleo mesmo do devido processo legal – se vê diferido para depois do cumprimento da medida judicial), bem como a impossibilidade de apelar, na forma do art. 34, da Lei 6.830/80, contra sentenças proferidas em execuções fiscais de valor não superior a cinquenta (50) orntns, apenas facultando-se à parte sucumbente o emprego dos embargos infringentes.

¹ Hans Kelsen. Teoria pura do direito. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 72-73. Vale a pena a transcrição da lição do mestre de Viena: "(...) se se concede que em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si, que em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto, e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos – então a afirmação de que as normas sociais devem ter um conteúdo moral, devem ser justas para poderem ser consideradas como Direito, apenas pode significar que estas normas devem conter algo que seja comum a todos os sistemas de Moral enquanto sistemas de Justiça. Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais."

² Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002, p. 272 e seguintes.

Em realidade, como os exemplos acima referidos sugerem, é frequente e mesmo inafastável a necessidade, no processo, de restringir direitos. Restringir, deixe-se claro, para compatibilizar, para harmonizar.

A relação processual, com efeito, é relação jurídica com características peculiares. Desde logo, destaca-se por sua formação paulatina, contrariamente ao que sucede, na maioria dos casos, com a relação jurídica de direito material.³ A par disso, encontra-se em estado de permanente tensão. Tensão, por exemplo, entre os direitos das partes (e, obviamente, entre estas e o Estado-juiz), que não raro são de conciliação problemática, quando não virtualmente impossível. Assim, *verbi gratia*, é preciso encontrar o termo médio aristotélico entre, por um lado, o direito a um rápido desenlace e a uma pronta solução da lide, desejado pelo Autor e referendado pela Lei Fundamental (art. 5º, LXXVIII), e, por outro lado, o direito fundamental do Réu à ampla defesa, igualmente objeto da atenção do legislador constituinte pátrio, como é notório (art. 5º, LV).

É emblemática, a tal respeito, a dificuldade prática com que se defronta o julgador, ao ter de decidir sobre a ocorrência, ou não, de litigância de má-fé, em situações tais como as previstas nos incisos II e VII, do art. 17, CPC, quando se imputa à parte, respectivamente, a alteração da verdade dos fatos e a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (sendo quase desnecessário sublinhar, no primeiro caso, o absurdo de se impor ao litigante um relato absolutamente fiel dos fatos, sem o colorido que lhes há de conferir o seu próprio interesse, assim como, na segunda hipótese, o quão tênue e sutil se mostra, em verdade, a fronteira entre o legítimo interesse recursal do sucumbente – arrimado no disposto no art. 499, do estatuto processual – e a irresignação eventualmente maliciosa e temerária).

E o que dizer do conflito, mais que milenar, com que nos deparamos no processo de execução? Da primitiva e total submissão do executado ao exequente (submissão inclusive física, refira-se),⁴ à sua atual conformação exclusivamente patrimonial processou-se, é certo, notável evolução, em que se pode visualizar com nitidez essa tensão permanente entre os interesses do credor e do devedor (tensão a que não falta, é claro, um forte componente ideológico).⁵

³ Oskar von Bullow. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. LZN Editora: Campinas, 2003, p. 6. Nas palavras do autor germânico: "O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião."

⁴ Max Kaser. Direito privado romano. Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1999. Conforme ensina o eminente romanista, o credor apreendia fisicamente o devedor (*manus iniectio*), podendo mantê-lo preso com cordas e grillhões, e, decorridos sessenta dias, não sendo a dívida quitada, podia vendê-lo como escravo ou até mesmo matá-lo.

⁵ Para uma mais ampla e inovadora compreensão do tema, desde a perspectiva da tutela do credor, veja-se o notável trabalho de Marcelo Lima Guerra - Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil - publicação da RT, São Paulo, 2003.

Os exemplos aludidos bastam ao nosso propósito de enfatizar a existência, também em sede processual, desses inevitáveis conflitos, com as conseqüentes colisões dos princípios fundamentais representativos de valores antagônicos, acolhidos pela ordem jurídica.

No presente estudo, buscamos abordar, especificamente, um caso particular de restrição a direito fundamental de índole instrumental, que, se não tem passado despercebido pela doutrina, tampouco tem merecido – segundo cremos – um especial destaque, ou, quando menos, um estudo que conduza à adoção de uma solução condizente com a matéria constitucional nele envolvida.

Cuida-se do disposto no art. 59, da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que veda a propositura de ação rescisória, contra as sentenças proferidas nos feitos que tenham tramitado consoante o rito previsto naquele diploma legal.⁶ Assim dispondo, o legislador processual ordinário de 1995 restringe o exercício do direito de ação, constitucionalmente assegurado,⁷ no intuito assumido de alcançar, nas causas que escolheu para o sumaríssimo procedimento estabelecido na lei em comento, o direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade processual, que mais tarde veio a ser explicitamente agasalhado pela Lei Maior, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.⁸

Não ignorando, é certo, a possibilidade, em tese, de restrição de tal ordem, desde que devidamente sopesados os princípios entre si conflitantes, com a prevalência, in casu, daquele que se apresente mais relevante (ponto que se adota, como premissa primeira deste trabalho), julgamos poder demonstrar a irrazoabilidade da interdição do emprego da ação de que cuida o art. 485, CPC, aos litigantes em pequenas causas (expressão de que nos valem deliberadamente, para recordar o espírito originário que informou a introdução dessa inovação em nosso ordenamento jurídico, mediante a Lei nº 7.244/84). Entendemos, conseqüentemente, poder-se opor – a tal desarrazoada interdição – a objeção, em sede de controle difuso, de sua inconstitucionalidade, de sorte a permitir à parte acaso prejudicada o emprego do referido meio processual, naturalmente observados, em qualquer caso, os respectivos pressupostos processuais e condições da ação.

Ao tema, pois.

⁶ Lei nº 9.099/95 - “Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”

⁷ Constituição Federal - “Art. 5º. (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸ Constituição Federal - “Art. 5º. (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

2 A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Que um direito fundamental possa ver restringido seu âmbito de incidência, em função da concomitante incidência de outro direito de idêntica natureza, é ponto sobre que não pairam dúvidas. Demonstrou-o Alexy, *quantum satis*.

O professor alemão, de fato, aludindo à possibilidade de colisões entre princípios, estabelece, primeiramente, a diferença entre tais colisões e os conflitos de regras jurídicas, resolvendo-se – aquelas – com base na ponderação dos interesses (com a prevalência circunstancial daquele que tiver, no caso concreto, maior peso, sem que isso importe esteja o outro excluído do ordenamento jurídico), ao passo que estes são regulados pelos critérios da *lex posterior e da lex specialis*, revogando-se sempre uma das regras em confronto.⁹

Ensina, em seguida, ser possível restringir um direito fundamental, o que se pode efetivar seja por meio de regras, seja através de princípios,¹⁰ desde que respeitado o seu conteúdo essencial.¹¹

Nesse sentido é, igualmente, a manifestação consensual da doutrina.¹²⁻¹³

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO

Também o direito de ação, assegurado constitucionalmente no já mencionado inciso XXXV, do art. 5º, da Carta de 1988, ostenta a natureza de direito fundamental. A compreensão dessa sua índole jusfundamental é, hodiernamente, ponto pacífico. Canotilho, cuidando da natureza do direito à tutela jurisdicional, situa-o historicamente entre os *direitos de defesa*,¹⁴ originariamente voltado à proteção do particular contra o Estado e, atualmente, enquanto *garantia de acesso*

⁹ Op. cit., p. 88-89.

¹⁰ Op. cit., p. 274-275.

¹¹ Op. cit., p. 286-291. Em verdade, Alexy reporta a existência de duas correntes divergentes a propósito da noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais: para uma – a teoria absoluta – o conteúdo essencial é algo como um núcleo mínimo intangível, um limite extremo, que não se pode ultrapassar; já para a teoria relativa, ao revés, o conteúdo essencial jamais se vê afetado, em face do emprego da regra da proporcionalidade, a que, em última análise, se reconduz (ele seria, de fato, tudo o que resta após a ponderação). Para o autor, segundo nos induz a crer sua afirmação sobre a incompatibilidade entre uma convicção absoluta dos direitos fundamentais e o direito constitucional posto (p. 291, cit.), a razão está com a teoria relativa, posição a que aderimos.

¹² Daniel Sarmento. A ponderação de interesses na constituição federal. *Lumen Juris*: Rio de Janeiro, 2003, p. 111-113, posicionando-se pela teoria relativa, por ser ela “a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas.”

¹³ Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. *Livraria do Advogado*: Porto Alegre, 2006, p. 118 e seguintes, admitindo o mestre do Rio Grande do Sul que o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha papel de limite à restrição dos direitos fundamentais, é certo, mas recusando-lhe, ainda assim, natureza absoluta, em face de sua “difícil compatibilização com o caráter não-absoluto de todos os demais direitos fundamentais (...)”

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina: Coimbra, 2000, p. 485.

aos tribunais, reconhecendo-o como “concretização do princípio estruturante do Estado de Direito.”¹⁵ Conhecida é, igualmente, a posição de Couture, que vê no direito de ação espécie do gênero *direito de petição*, que, na origem, a partir do *Bill of Rights* inglês, de 1689, era exercido ante toda e qualquer autoridade, razão alguma havendo para excluir de tal conceito a autoridade judicial.¹⁶

Nessa condição, não se coloca em discussão sua restringibilidade, ponto esse incontroverso, tal como sucede em relação a qualquer de seus congêneres, mas pode-se afirmar que, mesmo a mais elementar restrição, acaso feita ao direito fundamental à tutela jurídica, há de mostrar-se razoável, pena de inconstitucional.

Quer isto dizer que, como toda e qualquer norma que restrinja direitos, a disposição normativa do art. 59, da Lei nº 9.099/95, interditando ao jurisdicionado o acesso à tutela rescisória precisa fundamentar-se em razão bastante a sustentá-la, o que somente se pode conceber como sendo a presença de um outro valor jusfundamental, a ser confrontado, segundo a lei da colisão de princípios, com o direito constitucional de ação.

A lei – lembra Siqueira Castro, com apoio em lição de San Tiago Dantas – deve classificar, distinguir, porque dificilmente poderá abranger todas as situações da vida, colher todos os indivíduos sob seu império. Por conta disso “a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais.”¹⁷ Se, contudo, o motivo concreto, que leva o legislador a discriminar, carece de fundamento razoável, não encontrando amparo em qualquer razão plausível, antes revelando-se despropositado, força é admitir que, em se cuidando de restrição a direito, *restringe indevidamente* e, pois, *ofende a supremacia constitucional*, cabendo ao Judiciário, no exercício de poder de controle da constitucionalidade dos atos normativos, reconhecê-lo.

Na hipótese em exame, entendemos inexistir razão a justificar a restrição à ação rescisória no âmbito dos juizados especiais. Claro está que a fundamentação de nossa posição não prescinde de uma análise do texto e do espírito da legislação

¹⁵ Op. cit., p. 479.

¹⁶ Eduardo J. Couture. Fundamentos del derecho procesal civil. Editorial B. de F.: Montevideo, 2005, p. 61-62.

¹⁷ Carlos Roberto de Siqueira Castro. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. Forense: Rio de Janeiro, 1989, p. 156-157. Sobre o que significa tal exigência, esclarece o professor fluminense: "Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim - means-end relationship segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de 'razoabilidade' e de 'racionalidade', vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política."

pertinente, notadamente as Leis de nºs 9.099/95 e 10.259/01, assim como, em alguma medida, também a pioneira Lei nº 7.244/84 – das pequenas causas – hoje revogada, mas de evidente valor histórico.

4 OS JUIZADOS ESPECIAIS: UMA RESPOSTA LEGISLATIVA AO PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA

Entre as preocupações centrais dos processualistas brasileiros modernos, desponta o problema do acesso à Justiça, vale dizer, da concretização da promessa constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da *Lex Legum*.

Muito se tem escrito a esse respeito, sendo certo que o trabalho dos Professores Cappelletti e Garth, entre nós publicado em tradução da Ministra Ellen Gracie Northfleet,¹⁸ revela-se de indispensável conhecimento, se o que se pretende – mais que um mero e repetitivo discurso ideológico – é uma efetiva compreensão do assunto.

Fruto de exaustiva pesquisa em relação a diversos ordenamentos jurídicos, referido estudo logrou identificar os principais problemas enfrentados para que o cidadão alcance o efetivo acesso à justiça, entre os quais apontam-se o pesado ônus representado pelas custas judiciais, o excessivo tempo despendido para a entrega da prestação jurisdicional, a própria inaptidão da maioria das pessoas – fruto de uma crônica deficiência de instrução, formal e política – para reconhecerem seus direitos, além de dificuldades específicas atinentes à defesa de interesses difusos. Indicou, enfim, o que se convencionou chamar de ondas renovatórias do processo civil, como solução de tais problemas.¹⁹

No que concerne ao tratamento das pequenas causas, que mais de perto interessam ao tema ora em exame, referem os pesquisadores que a origem dos juízos de pequenas causas não chega a ser recente. Ao revés, mencionam a existência, desde longo tempo, de órgãos como o Bezirksgericht, na Áustria, o Tribunal d'Instance, na França, o Amtsgericht, na Alemanha, o Kantongerecht, na Holanda, o Pretor, na Itália, a Corte Sumária, no Japão, além, é claro, das Small Claims Courts, nos Estados Unidos. Assinalam os aludidos estudiosos que, normalmente, tais causas são aquelas que se referem a litígios de pequena significação econômica, e, bem assim, que o espírito que norteia as reformas legislativas levadas a cabo para introduzir ou aperfeiçoar tais juízos especiais

¹⁸ Mauro Cappelletti; Bryant Garth. Acesso à justiça. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

¹⁹ A primeira onda é concernente à concepção de meios que possibilitem a assistência judiciária às pessoas pobres, desprovidas de condições para arcar com os ônus financeiros do processo; a segunda onda reporta-se à defesa dos interesses difusos, especialmente no que se refere à representação de tais interesses; a terceira onda, afinal, procura oferecer um novo e mais amplo conceito de acesso à justiça.

envolve, em geral, as idéias de promover a acessibilidade geral, de buscar o equilíbrio entre as partes, de *alterar o próprio processo de tomada de decisões e, em fim, de simplificar o direito aplicado*.²⁰

No Brasil, consoante ensina Dinamarco,²¹ sua origem também se vincula à necessidade de o Poder Público oferecer uma resposta ao problema da *litigiosidade contida*, expressão cunhada por Kazuo Watanabe, para designar a vasta massa de lides que, em face das imensas e notórias dificuldades de acesso à justiça, ante as quais esbarra o cidadão comum, remanescem privadas do exame judicial, representando verdadeira fraude – dizemos nós, a nosso turno – à garantia de amplo acesso ao Judiciário, estampada no art. 5º, XXXV, CF.

Nas palavras do mestre da USP:

“Os juizados especiais de pequenas causas, hoje juizados especiais cíveis, tiveram origem e inspiração nos conselhos de conciliação e arbitramento, surgidos quase espontaneamente no Rio Grande do Sul e seguidos pelos juizados informais de conciliação paulistas.”²²
(destaques do autor)

Em prefácio à citada obra de Dinamarco, Kazuo Watanabe explica o espírito da lei nº 9.099/95, na elaboração de cujo anteprojeto – refira-se de passagem – trabalharam ambos os doutrinadores, resultando uma cópia quase perfeita da Lei nº 7.244/84. Afirma claramente que sua idéia-chave é a *facilitação do acesso à justiça*, mas tendo procurado o legislador igualmente (a) enfrentar a questão da litigiosidade contida, educando o povo para a defesa de seus direitos e induzindo-o, concomitantemente, à espontânea observância das normas jurídicas, (b) repensar as próprias formas de solução dos conflitos, oferecendo alternativas tais como o Conciliador, (c) arregimentar a sociedade civil, para participação mais direta e efetiva na administração da Justiça, (d) reformular o serviço de assistência judiciária, de modo a habilitá-lo a oferecer seu serviço processual e pré-processual ao consumidor desse serviço, (e) alcançar um *equilíbrio entre simplicidade, informalidade e celeridade dos juizados especiais*, por um lado, e, por outro lado, a segurança jurídica, assim como, finalmente, (f) envolver e aliciar os próprios operadores do Direito – profissionais jurídicos em geral – nessa tarefa de tornar o processo um instrumento efetivo de concretização dos direitos subjetivos.²³

Eis, pois, admiravelmente sintetizado por um daqueles estudiosos que a conceberam, o espírito que preside a interpretação da Lei dos Juizados Especiais,

²⁰ Op. cit., p. 94-99.

²¹ Cândido Rangel Dinamarco. Manual dos juizados cíveis. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 20.

²² Op. cit., p. 19.

²³ Kazuo Watanabe. Prefácio (ao Manual dos juizados cíveis, de C. Dinamarco, cit., p. 8-9).

noção essa de que não é conveniente ao intérprete afastar-se em demasia, sob pena de comprometer irremediavelmente seu labor hermenêutico.

5 O PROCEDIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS: LIGEIRO PANORAMA

Permeado, portanto, por esse espírito de atender, mediante um procedimento simplificado, informal, de rápido desfecho, às demandas abrangidas pelo conceito de pequenas causas, ou de causas menos complexas, instituiu o legislador ordinário de 1995 um rito especial (sumaríssimo, pode-se dizer), em que se constata a adoção do princípio da oralidade, de uma forma tal como ainda não se havia feito em nosso país.²⁴

Por oralidade, contudo, há que se entender muito mais que a mera prevalência da expressão oral no processo. O ensinamento clássico de Chiovenda há muito firmou as bases do que representa dito princípio.²⁵

Assim, para o genial processualista, mesmo sendo virtualmente difícil encontrar um processo escrito, que não admita de algum modo a oralidade, bem como um processo oral, que não contenha algo de documentação escrita, sua primeira característica essencial é *a prevalência da palavra como meio de expressão, temperada pelo uso da escritura*, reservando-se a esta as funções de preparação da tratção da causa e de sua documentação.

Em segundo lugar, oralidade significa *a imediação do relacionamento entre o julgador e aqueles cujas declarações ele deve valorar*, de forma a que o juiz que sentenciará tenha tomado parte na colheita das provas.

Em um terceiro sentido, oralidade supõe *a identidade física do juiz*, de tal maneira que o julgador que presidiu a instrução do feito seja aquele que vai julgar, porque obviamente mais preparado, mais a par dos fatos da causa.

Ademais, oralidade importa *concentração da tratção da causa em um único ato processual – a audiência – ou em poucos atos, não sendo possível a primeira hipótese*. Nesse sentido, mesmo os diversos incidentes hão de ser igualmente decididos, preferencialmente, também na audiência.

Por fim, oralidade implica *a irrecorribilidade das interlocutórias*, cuja impugnação há de ser diferida para quando de um eventual recurso quanto ao mérito, como forma de agilizar o andamento do processo, não lhe tolhendo a

²⁴ Giuseppe Chiovenda. Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra (in Saggi di diritto processuale civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, vol. II, p. 14). Conforme o mestre italaiano: "Quanto al processo sommario esso è, storicamente considerato, orale e concentrato. Dire processo sommario è dire processo orale; dire processo orale è designare l'udienza come il campo d'azione delle parti e del giudice." (destaques do autor)

²⁵ Op. cit., p. 27-32.

marcha desnecessariamente, ressalvados, naturalmente, os casos de exceções *litis ingressum impeditentes*, que, por sua prejudicialidade em relação ao juízo de mérito, supõem prévio e imediato exame dos incidentes que desencadeiam, abertas inclusive as vias recursais.²⁶

No caso do procedimento estatuído, pela Lei nº 9.099/95, para os juizados cíveis, prestigiou-se, de um modo geral, o princípio da oralidade com todos os seus consectários, proclamando-o desde logo o art. 2º, entre os critérios orientadores do processo especial, a saber: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com uma especial ênfase na busca da conciliação e da transação.

Restringiu-se a competência, como seria natural, para alcançar unicamente as causas de valor até quarenta (40) salários mínimos,²⁷ as referidas no art. 275, CPC, vale dizer, aquelas submetidas ao rito sumário do Código (assegurada ao autor a opção), a ação de despejo para uso próprio e as possessórias sobre imóveis cujo valor não exceda o acima mencionado.

Autorizou-se o uso da equidade (art. 6º), assim como o recrutamento, entre bacharéis em Direito e advogados, de juízes leigos e de conciliadores (art. 7º), a quem foram cometidas atribuições para uma jurisdição de arbitragem estatal.²⁸

Excluiu-se a possibilidade de figurarem como partes, de modo geral, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil, restringindo-se, ainda, a condição de autor às pessoas físicas capazes (art. 8º).

Permitiu-se – na forma do art. 9º – a postulação direta pela parte, independentemente de advogado, nas causas de valor até vinte (20) salários mínimos, embora determinando-se a existência de assistência judiciária a ser disponibilizada aos interessados. Para a interposição de recurso, todavia, impôs-se a necessidade de representação por advogado (art. 41, § 2º).

Vedou-se a intervenção de terceiros e a assistência, admitido o litisconsórcio e, naturalmente, nos casos referidos no art. 82, CPC, ou em legislação extravagante, a obrigatória intervenção do Ministério Público (arts. 10 e 11).

²⁶ Exceção é, como se sabe, termo que em processo possui muitas acepções. Em sentido amplo, significa o próprio direito de defesa, constitucionalmente assegurado. Entretanto, no caso referido - exceções *litis ingressum impeditentes* - cuida-se, genericamente, daquelas defesas processuais, que obstam ao exame de mérito. Na lição de Carnelutti: "(...) se o juízo tem competência para julgar, se o autor é legítimo para acionar, se a citação é nula, são questões de cuja solução depende a possibilidade de um juízo de mérito. Para tal noção das questões prejudiciais correspondem as noções das exceções *litis ingressum impeditentes* (...)" (in Sistema de direito processual civil, Lemos e Cruz Livraria e Editora: Franca, 2004, vol. IV, p. 204-205)

²⁷ Observe-se, contudo, que, nos Juizados Especiais Cíveis Federais (Lei nº 10.259/2001, art. 3º) tal valor é de sessenta (60) salários mínimos.

²⁸ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de A. Nery. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 1651.

Acentuando-se a orientação instrumentalista e informal, condicionou-se a decretação de qualquer nulidade à comprovação de prejuízo, prevalecendo a idéia de aproveitamento dos atos processuais, ainda que praticados de forma distinta da prevista, desde que alcançadas suas finalidades essenciais (art. 13). No mesmo dispositivo legal, ainda, em seus parágrafos 2º e 3º, respectivamente, restou autorizada a solicitação da prática de atos processuais em outras comarcas por qualquer meio idôneo, dispensada a expedição de carta precatória,²⁹ e reduziu-se o registro escrito dos atos processuais ao estritamente essencial.

Admitiu-se o pedido seja sob forma escrita, seja de modo oral (sendo este reduzido a termo), podendo ademais ser genérico (se impossível desde logo sua determinação), alternativo ou cumulado (arts. 14 e 15). A citação é feita por correspondência, assim como as intimações (admitindo-se, quanto a estas, ainda, o emprego de qualquer outro meio de comunicação idôneo (arts. 18 e 19).

A revelia decorre do não comparecimento do réu à audiência de instrução e julgamento, aplicando-se, a seu respeito, subsidiariamente, a disciplina do CPC (art. 20). Consente-se, porém, em que, fazendo-se a parte representar por advogado com poderes específicos para confessar, transigir, dar quitação e prestar depoimento pessoal, não se há de considerá-la revel. De igual modo, comparecendo o preposto da pessoa jurídica, munido da respectiva carta de preposição, é inaplicável a revelia.

Busca-se promover a conciliação, que pode ser levada a efeito em sessão presidida por juiz togado ou leigo, sendo homologada por sentença, com eficácia de título executivo (arts. 21 e 22). Não havendo êxito na tentativa de acordo, faz-se possível a opção das partes pelo juízo arbitral previsto na própria lei, em jurisdição de equidade (arts. 24 e 25). Não se realizando o juízo arbitral, passa-se imediatamente à instrução e julgamento, em audiência destinada à produção de toda a prova, resolução de plano de todo os incidentes e prolação da sentença (arts. 27 a 29).

A resposta do réu será oral ou escrita, contendo toda a matéria de defesa, rassalvadas as exceções de suspeição e impedimento, cujo processamento rege-se pelo CPC (art. 30). Não é possível ao réu reconvir, mas permite-se a formulação de pedido contraposto, face à natureza dúplice da ação. Por igual, não é cabível a ação declaratória incidental.³⁰

O regime das provas, sua admissão e produção, objeto dos arts. 32 a 37, segue, em regra, o estabelecido no Código de Processo Civil, adequando-se às

²⁹ Joel Dias da Figueira Júnior; Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000, p. 226. De acordo com os autores: "A solicitação poderá ser feita por qualquer meio idôneo de comunicação, usando-se, se possível, a mais moderna tecnologia. As formas são as mais variadas possíveis, tais como telegrama, telex, fac-símile e computadores ligados por redes."

³⁰ Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery (op. cit., p. 1661).

peculiaridades do rito (limite de três testemunhas por parte, trazidas a juízo independentemente de intimação, realização de perícia informal), assim como ao espírito da lei (permissão de inversão do *onus probandi*, por razões de equidade).

A sentença admite fundamentação sumária. Não poderá firmar condenação de quantia ilíquida, nem exceder (sendo ineficaz, na parte em que acaso o faça) a alçada prevista para a competência dos juizados (arts. 38 e 39). A decisão do juiz leigo carecerá de homologação pelo juiz togado (art. 40).

O sistema recursal apenas admite, no prazo de dez (10) dias, com o preparo podendo ser feito em até quarenta e oito (48) horas, após a interposição, o recurso – dito *inominado* pela Doutrina – tratado nos arts. 41 a 44, da Lei, dirigido a uma Turma Recursal do próprio Juizado, e, bem assim, os embargos de declaração (arts. 48 a 50), com suspensão do prazo do recurso *inominado*. São irrecorríveis, em princípio, as interlocutórias.³¹

É cabível, ainda, por suposto, o recurso extraordinário (mas não o especial, mercê da menção a *tribunais*, prevista no art. 105, III, CF/88) contra as decisões do colegiado de segunda instância.

O *cumprimento* da sentença e a execução de títulos executivos extrajudiciais de valor até à alçada prevista no art. 3º, I, processam-se no próprio juizado, na forma do disposto nos arts. 52 e 53, da Lei.

Não se admite a ação rescisória (art. 59).

Como visto, cuida-se de procedimento que responde, regra geral, às características essenciais do princípio da oralidade, adequando-se o instrumento a seu objeto, em clara e expressiva manifestação do *princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa*, consoante o qual há que se buscar “um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial.”³²

No que respeita à Lei nº 10.259/01, Lei dos Juizados Especiais Federais, não há significativas diferenças, senão que circunstancial adequação às peculiaridades da jurisdição federal comum. Desde logo, cuidou o legislador de estabelecer a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, naquilo que não incompatível com o espírito da lei específica (art. 1º). Também subsidiariamente, é certo, aplica-se o CPC.³³

³¹ Mantovanni Colares Cavalcante. Recursos nos juizados especiais. Dialética: São Paulo, 1997, p. 57-59. Admite-se o agravo de instrumento, todavia, ex vi do disposto no art. 544, CPC, da decisão que nega seguimento a recurso extraordinário (STF, Rclm. 1134-8/MT, rel. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.11.99, p. 91, referido por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, op. cit., p. 1664).

³² José Roberto dos Santos Bedaque. Direito e processo. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 60.

³³ Fernando da Costa Tourinho Neto; Joel Dias da Figueira Júnior. Juizados especiais federais cíveis e criminais. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 63. “Não se pode perder de vista que, nada obstante o silêncio da Lei 10.259/2001, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal são macrossistemas instrumentais e, nessa qualidade, independem de quaisquer referências expressas para encontrar ressonância e aplicabilidade.”

A competência toma por base a regra do art. 109, da Constituição Federal, é claro, mas a alçada é de sessenta salários mínimos, como já realçado (retro, nota 27). O art. 3º, § 1º, contudo, faz expressa ressalva de certas causas, que ficam subtraídas ao procedimento especial. Naturalmente, a União, suas autarquias e empresas públicas podem figurar como partes, no polo passivo das demandas, não gozando de prazos especiais (arts. 6º e 9º, respectivamente).

Das decisões sobre questões de direito material, que ensejem divergências entre turmas recursais na interpretação da lei, caberá, para as Turmas Recursais Reunidas ou Turma de Uniformização, pedido de uniformização de interpretação de lei federal (art. 14), incidente que não ostenta natureza recursal.³⁴

O § 4º, do art 14, prevê, ainda, uma provocação da parte interessada ao Superior Tribunal de Justiça, sempre que a orientação afinal acolhida pela Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante daquela alta Corte. Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery, trata-se, aqui, de verdadeiro recurso para o STJ.³⁵

Omite-se a – lei em exame – sobre o cabimento da rescisória.

De quanto se expôs precedentemente, fica clara a intenção do legislador de proporcionar ao jurisdicionado um meio substancialmente eficaz de acesso ao Poder Judiciário, um meio hábil a prestar a jurisdição a quem, antes, pelas conhecidas e já referidas razões, via-se privado, na prática, da tutela efetiva de seus direitos, ainda que o sistema político-jurídico de nosso país – teoricamente e de forma hipócrita – lhe assegurasse o direito de petição aos órgãos públicos e o direito de ação, para prevenir ou reparar lesão a direito subjetivo seu.

Nítida, igualmente, a preocupação em que esse meio de acesso à Justiça se mostre expedito, capaz de, sem comprometimento do direito de defesa,³⁶ alcançar a solução célere das lides que tramitem sob a égide de seu sumaríssimo rito.

Manifesta é, enfim, a natureza especial de seu procedimento, todo ele animado do espírito de deformalização, de vez que “o princípio da efetividade da tutela jurídica compreende, em sentido amplo, a proibição de formalismo excessivo.”³⁷

³⁴ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de A. Nery. Op. cit., p. 1698. Em sentido contrário, porém, Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias da Figueira Júnior, que entendem tratar-se “na verdade, de embargos de divergência, objetivando uniformizar a jurisprudência das Turmas Recursais integrantes da mesma Região ou de Regiões diferentes, desde que a apontada discrepância entre os julgados esteja fundamentada em direito material objeto da controvérsia na qual a parte interessada tenha sido vencida total ou parcialmente.” (Op. cit., p. 365, destaques no original).

³⁵ Op. cit., p. 1699.

³⁶ E, para tanto, afasta-se o procedimento especial nas causas mais complexas, como preceitua o art. 3º, da Lei nº 9.099/95, e, por igual, decorre do disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 10.259/01.

³⁷ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Do formalismo no processo civil. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 193.

6 A PROIBIÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA: SUA IRRAZOABILIDADE

Nessa medida, deve-se supor que a norma do art. 59, da Lei nº 9.099/95, ao vedar o emprego da ação rescisória buscaria conformar-se a esse espírito, a essa orientação geral que informa o procedimento dos juizados especiais (consagrado, lembre-se, pela EC 45/2004, ao introduzir, com inciso LXXVIII, do art. 5º, da Lei Maior, de modo explícito, o direito fundamental à celeridade e à duração razoável do processo, a que já nos reportamos).

Mas – cabe indagar – seria de esperar, de tal proibição, algum tipo de contribuição à agilização da entrega da prestação jurisdicional? Dito de outro modo: a restrição ao direito fundamental de acesso ao judiciário – com o sacrifício desse direito, em nome da promoção do direito à duração razoável do processo – encontra-se justificada?

Ou, ainda: é possível seja a celeridade do processo um valor em si mesmo, merecedor da preferência do legislador, ainda quando se concretize em detrimento da idoneidade e da justiça das decisões?

A resposta aos três questionamentos formulados – assim nos parece – deve ser um singelo *não*.

Desarrazoada se revela tal restrição, quando cotejados os seus fundamentos, por exemplo, com as razões que induziram o legislador a determinar a inapelabilidade da sentença. De fato, compreende-se prefira a lei a criação de um novo recurso, dirigido a outro órgão que não o Tribunal de Justiça, à pura e simples apelação contra tais decisões, nos moldes do art. 513, CPC. É que, com o apelo, viria a se perder – nos superlotados gabinetes e corredores dos Tribunais – todo o eventual ganho de tempo acaso obtido pela adoção do rito sumaríssimo. A resolução das lides, rápida que fosse em primeiro grau, culminaria de forma morosa, ante a interposição de um recurso dotado de efeito suspensivo, em regra (art. 520, Código de Processo Civil). Tampouco valeria – antecipe-se a resposta à objeção – estipulasse a lei, em tal caso, o recebimento da apelação apenas com o efeito devolutivo, eis que, ainda assim, a demora rotineira em nossas cortes de segundo grau, sujeitaria a parte à necessidade de promover a execução provisória da sentença, com as vicissitudes que necessariamente daí decorrem (art. 475-O, CPC).³⁸

Compreende-se, sem maior esforço, também, a vedação ao uso do agravo de instrumento. Companheira natural da oralidade, a regra da irrecorribilidade das interlocuções prestigia a idéia de que o juiz deve concentrar seus esforços e sua atenção na questão de mérito, sem se ater desnecessariamente ao exame de incidentes.

³⁸ Tais como o fato de, além de impor a prestação de caução, para a prática de atos que importem alienação da propriedade, ou que refiram-se a levantamento de dinheiro, ou de que possa resultar dano grave ao executado, literalmente correr por conta e risco do credor, que se obriga a, reformada a decisão, reparar os prejuízos causados à parte adversa, restituindo-se o status quo ante.

Nada obstante não tenha o agravo efeito suspensivo (CPC, art. 497), força é convir que acarreta quando menos alguma desaceleração no andamento do processo.

Justifica-se, enfim, a restrição à reconvenção (tanto mais que, dúplice a ação, faz-se possível o pedido contraposto), assim como à declaração incidental, à assistência e à intervenção de terceiros, porque comprometer-se-ia, em tais casos, a necessária simplicidade da causas, que se converteriam em complexas demandas, de resolução impossível sob o rito estreito da lei sub examine.

Não vislumbramos, contudo, bem ponderadas as vantagens e desvantagens de uma e outra opção, a razoabilidade da proibição da ação rescisória, como se a pretensão à rescisão da sentença gravemente viciada fosse de menor relevância, nas questões menos complexas e de menor valor econômico, normalmente referíveis ao elemento popular da sociedade, a ponto de poder ser ignorada. Mas, é essa uma idéia correta?!

6.1. A PRETENSÃO À RESCISÃO DAS SENTENÇAS

O Estado veda ao particular, em princípio, salvo casos expressos e raros, o recurso à autotutela.³⁹ Fazendo-o, assume o monopólio da jurisdição e obriga-se, correlata e concomitantemente, a disponibilizar, de modo imparcial, rápido e efetivo, a prestação jurisdicional a quem quer que, não podendo exercer suas próprias razões arbitrariamente (Código Penal, art. 345), a postule. Não lhe é lícito deixar de prestá-la, pronunciando, à semelhança do antigo iudex romano, o non liquet.⁴⁰

Nos termos da vigente Lei Fundamental de nosso país, tal direito é assegurado já seja preventivamente, já em caráter reparatório (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). A ação rescisória (CPC, art. 485), voltada para a desconstituição da sentença de mérito gravemente contaminada está compreendida em seu âmbito, naturalmente.

A pretensão à rescisão da sentença é, como ensina Pontes de Miranda, pretensão de direito público, que emerge a partir do próprio direito público subjetivo de ir a juízo.⁴¹ Assim é curial que, nada obstante o jurisdicionado não

³⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. UNAM: Ciudad de México, 1970, p. 22-23. São exemplos de autotutela admitida, residualmente, em nosso ordenamento jurídico, entre outros poucos, a legítima defesa (art. 25, CP) e o direito de retenção da bagagem do passageiro, deferido ao transportador como meio de, realizado o transporte, garantir-se o pagamento do serviço (art. 742, CC).

⁴⁰ Código de Processo Civil: "Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

⁴¹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado da ação rescisória*. Forense: Rio de Janeiro, 1976, p. 129. É do grande jurista alagoano, ainda, este esclarecedor magistério: "Pretensão é o poder exigir alguma prestação. Do outro lado da relação jurídica está o obrigado, que talvez tenha, também ele, a sua pretensão, ou as suas pretensões. Tanto àquele como a esse o estado reconhece a pretensão à tutela jurídica, com que, passando a si o fazer justiça, substituiu o antigo direito de fazer justiça com as próprias mãos (...)" (op. cit., p. 11, destaque do autor)

tenha a priori direito à sentença favorável, mas tão somente o direito a uma sentença (cujo teor dependerá, como se sabe, de uma série de circunstâncias diversas), a ninguém ocorrerá negar que tal direito à prestação jurisdicional seja, ainda assim, nos termos do art. 485, do Código de Processo Civil, um direito (a) a que a sentença seja prolatada por um julgador imparcial e honesto, que não tenha prevaricado ou se deixado corromper ao proferir a decisão; seja um direito (b) a que a decisão seja proferida pelo juiz natural, previamente competente e desinteressado; seja um direito (c) a que tal sentença não seja o produto de dolo da parte adversa, ou de colusão das partes; seja um direito (d) a que a sentença não ofenda a coisa julgada; um direito (e) a que a sentença não represente violação a literal disposição da lei; um direito (f) a que a sentença seja fundamentada em provas idôneas, verídicas, capazes de refletir, na medida do humanamente possível, a verdade dos fatos; um direito (g) a que a sentença, se decorrente de transação, confissão ou desistência, esteja fundada em atos válidos; enfim, seja um direito (h) a que a sentença não seja o fruto de erro de fato, acaso cometido pelo juiz.

5.2. A INTERDIÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

O art. 59, da Lei nº 9.099/95, ao proscrever o uso da ação rescisória nos feitos que tramitem perante os juizados especiais, nega ao jurisdicionado exatamente a possibilidade de rescindir a sentença eivada de vícios tais como os apontados no parágrafo anterior. Parece fazê-lo na suposição de que a ação rescisória – se admitida – comprometeria a celeridade processual. Tal é, por exemplo, a posição de Cândido Dinamarco, para quem as peculiaridades “do processo dos juizados especiais desaconselham a rescindibilidade das sentenças ali proferidas porque os riscos de injustiça são menores, não fazendo falta a ação rescisória como remédio corretivo de injustiças.”⁴²

Com todo o respeito devido ao ilustre professor, não é possível acolher a lição. E não o é, desde logo, porque não são, em absoluto, menores os riscos de injustiça nos juizados especiais. Tais riscos têm a mesma, senão uma maior dimensão, em face precisamente da celeridade que se imprime ao rito, das restrições à produção da prova, das limitações ao direito de recorrer, que não admite a apelação, nem o agravo, nem o recurso especial. Também o juiz dos juizados especiais pode prevaricar, ou se deixar corromper, ou ser ludibriado pela parte

⁴² Op. cit., p. 221. Sobre a razão de ser da norma em análise, esclarece o eminente processualista: “Também essa é uma disposição visando a simplificar e apressar o término do serviço jurisdicional e definitiva pacificação dos litigantes. Todo sistema processual deve buscar sempre o equilíbrio entre a celeridade do processo, com vista à rápida produção dos resultados desejados, e sua fidelidade ao valor do justo e aos comandos de direito substancial a serem declarados ou atuados (...)”

maliciosa, ou cometer erro de fato. Também nos juizados especiais, em resumo, pode ocorrer qualquer um dos gravíssimos vícios arrolados no art. 485, CPC.

Não é verdade, por outro lado, que a proibição da rescisória leve a uma rápida e definitiva pacificação das lides, como sugere o professor da USP (v. Nota 42). Ao revés, tudo insinua a convicção de que, vencida em demanda judicial, a parte mais se revoltará, caso venha a descobrir ter sido ludibriada pelo dolo do adversário ou traída, em sua boa-fé, por um juiz parcial, indigno de sua alta função.

Não são – repita-se e se enfatize – menores os riscos de injustiça. Menores, talvez, mas apenas em termos quantitativos, poderão eventualmente ser os valores e os interesses em litígio. Ninguém sustentará, contudo, sejam tais valores e interesses, por esse motivo, menos merecedores da tutela jurídica.

Entre os comentaristas da Lei nº 9.099/95, predomina, a propósito do art. 59, a censura ao legislador. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, por exemplo, sugerem, de lege ferenda, venha o legislador a admitir a rescisória, em face da “possibilidade de haver falha nas decisões dos juizados e das turmas recursais.”⁴³

A seu turno, Joel Dias das Figueira Júnior e Maurício Antônio Ribeiro Lopes são ainda mais severos, em seu juízo sobre a opção adotada pelo legislador, cuja razoabilidade peremptoriamente contestam.⁴⁴ Todavia, estancam os autores na mera censura e, conquanto neguem seja a norma razoável, sustentam não ser possível deixar de aplicá-la (mesmo restringindo indevida e irrazoavelmente o direito fundamental de acesso à Justiça) *em face da literalidade de seus termos*.

Rogando vênias, não vemos como se possa aderir a essa postura dos intérpretes, postura alheia à supremacia da Constituição. A ordem jurídica nacional permite, tanto quanto o controle abstrato, concentrado no STF, o controle difuso da compatibilidade entre as normas infra-constitucionais e a *Lex Legum*, exercitável por qualquer juiz, com efeito inter partes. Disponibiliza, portanto, ao aplicador do Direito, notável instrumento, hábil a excluir, no caso concreto que lhe caiba examinar, a validade de todo e qualquer ato normativo que afronte o texto e o espírito da Lei Maior.⁴⁵

⁴³ Op. cit., p. 1675.

⁴⁴ Op. cit., p. 407. Nas palavras dos autores: "Francamente não vemos razões plausíveis para excluir a ação rescisória do elenco dos meios de impugnação contra as decisões proferidas nestes Juizados, porquanto não nos parece razoável admitir (seria até ingenuidade) que os juízes de primeiro grau ou os Colégios Recursais não incidirão jamais em quaisquer das hipóteses figuradas no art. 485 do CPC. Assim como a estabilidade da relação jurídica entre as partes litigantes depende no futuro, após a decisão definitiva, da segurança da coisa julgada, a manutenção no mundo jurídico de sentenças proferidas ao arrepio da lei ou dos verdadeiros fatos causa, sem dúvida, o efeito reverso." (destaque no original)

⁴⁵ Carlos Roberto de Siqueira Castro, op. cit., p. 158. "Com isso, os atos do Poder Público curvam-se aos reclamos da razão, sujeitando-se, em seu mérito, ao questionamento quanto à congruência entre meios e fins, que deve cumpridamente fundamentar a intromissão estatal na esfera de autonomia privada."

Tal controle difuso, uma vez que se depreenda, como na hipótese *sub examine*, com dois princípios jusfundamentais em colisão (direito fundamental de acesso à Justiça versus direito fundamental à celeridade e à razoável duração do processo), há que se fazer mediante um processo racional de ponderação dos valores conflitantes. Haverá, então, que sopesá-los, indagando-se: a admissão da ação rescisória (*amplo acesso à Justiça*) *poderá acarretar algum retardamento insuportável (razoável duração do processo) à entrega da prestação jurisdicional reclamada pelas partes?*

Quer-nos parecer seja negativa a resposta.

Desde logo, cumpre lembrar que, nos termos do disposto no art. 489, CPC, a ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda. Nem poderia fazê-lo, é certo, porquanto a sentença que se pretende rescindir é sentença de mérito, devida e necessariamente *transitada em julgado*, como decorre da dicção do *caput* do art. 485, CPC. Por isso mesmo, tal sentença autoriza, a teor do preceito objeto do § 1º, do art. 475-I, do estatuto processual civil, a execução definitiva. A rescisória – releve-se o truísmo – somente se faz possível após finda a relação processual.

Não compromete, pois, a marcha processual. Não a retarda.

Poder-se-ia dizer, com Cândido Dinamarco (v. Nota 42, *retro*), que a vedação da rescisória encontraria respaldo, ainda assim, na necessidade de estabilização e pacificação das relações sociais, mas o argumento não resiste à objeção de que a pacificação da lide, inclusive com a resignação do litigante sucumbente, ante o resultado adverso, faz-se, compreensivelmente, muito mais difícil, quando a prestação jurisdicional se vê comprometida por um dos vícios que autorizam a propositura da ação desconstitutiva da res *iudicata*, naqueles casos taxativamente arrolados em lei.⁴⁶

Em verdade, é desproporcionalmente excessivo o preço a se pagar pela celeridade do processo, se o que vem a ser sacrificado é o devido processo legal. Tal asserção – estamos firmemente convictos – ninguém a contestará, em princípio. É dela que partimos, pois, para um sumário exame das hipóteses de cabimento da ação rescisória, que nos auxiliará a melhor demonstrar a posição aqui sustentada.

Uma sentença prolatada por juiz parcial viola, acaso, o devido processo legal? Se viola, não se poderá negar a ação rescisória a quem tenha sucumbido, nos juizados especiais, sendo a sentença proferida por juiz que tenha prevaricado, praticado concussão, se deixado corromper ou estando impedido...

⁴⁶ Márcia Conceição Alves Dinamarco. Ação rescisória. Atlas: São Paulo, 2004, p. 136. No dizer da autora: "É inquestionável que o elenco constante do art. 485 do Código de Processo Civil é taxativo e não enumerativo, pois o que se pretende através de uma ação rescisória é a desconstituição de uma sentença, sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada, uma garantia para as partes e assecuratória da estabilidade social."

Representa afronta ao devido processo legal a subtração da causa a seu juiz natural? Se positiva a resposta, então não se há de negar, mesmo nos juizados especiais, a pretensão à rescisão da sentença proferida por juiz absolutamente incompetente...

E a sentença proferida com ofensa à coisa julgada? Acaso não agride diretamente a garantia da segurança e estabilidade das relações jurídicas? Não é esse, tipicamente e em qualquer situação, um caso de violação à proibição do duplo julgamento pelo mesmo fato?⁴⁷

E o que dizer de sentenças fundadas em dolo praticado por uma parte contra a outra, ou em colusão das partes, em detrimento de terceiros, ou em prova falsa, ou em erro de fato, ou em confissão viciada, ou com violação de literal disposição de lei? Não seriam elas, ainda quando relativas a pequenas causas, passíveis de censura, sob a perspectiva do devido processo legal substancial?⁴⁸

Sem a garantia do devido processo legal, em seus sentidos processual e substancial, a celeridade da entrega da prestação jurisdicional não passa de uma fraude, uma ficção de justiça, que mascara *uma injustiça rapidamente consumada*.

Observe-se, por fim, que a expressa vedação da ação rescisória não foi reiterada pela Lei nº 10.259/01, dos Juizados Especiais Federais. Como entender a omissão do legislador?

Por um lado, de forma mais coerente para aqueles que não fazem objeção à norma do art. 59, da Lei nº 9.099/95, poder-se-á sustentar a aplicação subsidiária deste último diploma legal, tal como expressamente consignado no art. 1º, da Lei nº 10.259/01, daí concluindo pela interdição, também na jurisdição federal de pequenas causas, da ação rescisória.

De outra parte, pode-se dizer que o silêncio do legislador importa a admissão da ação rescisória, porquanto as normas restritivas interpretam-se restritivamente. Em tal caso, aplicar-se-ia subsidiariamente o CPC, lei geral de processo. É a posição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery.⁴⁹

Joel Dias da Figueira Júnior e Fernando da Costa Tourinho Neto, porém, embora criticando a vedação do emprego da rescisória na lei dos juizados especiais estaduais, parecem entendê-la vigente também nos juizados federais. Aventam

⁴⁷ Carlos Roberto de Siqueira Castro. Op. cit., p. 35. A proibição de alguém ser julgado, na jurisdição civil e penal, duas vezes pelo mesmo fato - refere o autor fluminense - vem expressamente prevista na Constituição norte-americana (doble jeopardy), integrando a essência do due process of law.

⁴⁸ Sobre o conceito de devido processo legal, em sentido substancial, como imprescindível instrumento de controle "da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público", consulte-se, ainda uma vez, Carlos Roberto de Siqueira Castro (op. cit., p. 48-49).

⁴⁹ Op. cit., p. 1696. Em suas palavras: "Como o não cabimento da rescisória nos juizados especiais estaduais é medida restritiva do direito de ação, é regra fundamental de hermenêutica que não se pode interpretar a LJE 59 de forma ampliativa, mas, ao contrário, a interpretação tem de ser estrita. Por isso entendemos ser admissível a ação rescisória nos juizados especiais cíveis federais." (destaques no original)

outra possibilidade, para os casos em que a decisão se veja comprometida por graves máculas, tais como as elencadas no art. 485, CPC. Pregam o ajuizamento de *ação anulatória*, ou de *ação declaratória de inexistência de ato jurisdicional*, bem como lembram dever-se considerar, ainda, a possibilidade de responsabilidade civil do Estado-juiz.⁵⁰ Não são felizes, contudo, as sugestões.

Desde já, no que concerne à responsabilização do Estado, *que não se exclui*, cabe dizer que não responde à idéia de prestação da tutela efetiva e específica, a única que de fato atende ao postulado da justa composição dos litígios. Demais disso, é impossível cogitar de ação declaratória de inexistência de ato jurídico, na espécie. Viciada, embora, a sentença existe. Formalmente comprometida, ou comprometida substancialmente, ou ainda maculada formal e substancialmente, a sentença existe. Como tal, não pode ser *declarada* inexistente. Reclama desconstituição.⁵¹

Por outro lado, não se concebe como possa uma ação anulatória desfazer a coisa julgada. Se de mérito e transitada em julgado, a sentença somente pode ser desconstituída, no prazo decadencial de dois (02) anos, por meio da ação rescisória (CPC, art. 485).⁵² A ação anulatória, prevista no art. 486 do mesmo diploma legislativo ordinário, não pode se prestar a substituí-la, mas há de se restringir à invalidação de atos judiciais que não dependam de sentença, ou em que esta seja meramente homologatória.⁵³

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Também os direitos fundamentais podem sofrer restrição, se confrontados com direitos de igual natureza. Em tal caso, prevalece aquele que, na concreta espécie em exame e unicamente para o caso controverso, devidamente ponderados

⁵⁰ Op. cit., p. 381-383.

⁵¹ J.J. Calmon de Passos. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Forense: Rio de Janeiro, 2002, p. 96. Ensina o mestre: “Realmente, o problema da inexistência é um problema bem diverso do problema do vício ou do defeito do ato e sua conseqüente invalidade e ineficácia em virtude da sanção de nulidade. O ato inexistente não é ato processual. O ato nulo é ato processual, ainda quando defeituoso, anormal, aleijado, digamos assim. A inexistência não pode ser um defeito do ato processual. Essa afirmativa, inclusive, encerra uma contradição insuperável. Inexistir é não ser. A inexistência é uma negação, e o ato processual inexistente é um não-ato-processual, vale dizer, é um não-ser e o que ‘não é’ jamais pode ser viciado ou defeituoso.” (destaques do autor)

⁵² Passa-se ao largo, aqui, da vexata quaestio a propósito da relativização da coisa julgada, alheia ao tema em exame. Em princípio, estamos com aqueles que se manifestam contrariamente à desconsideração (vide Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, op. cit., p. 866) da res iudicata. De toda forma, ainda quando admitida, haveria necessariamente de restringir-se a hipóteses extremas, estranhas aos juizados especiais.

⁵³ “É incabível a ação anulatória de sentença para desconstituir sentença de mérito, devendo o autor, na espécie, se socorrer da rescisória.” (2º TACivSP, 6ª Câmara, Ap. 506766, rela. Juíza Isabela Gama de Magalhães) apud Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery, op. cit., p. 919.

os valores em jogo, se revele mais relevante. Assim também pode ocorrer com o *direito fundamental de acesso à justiça*.

No microsistema dos juizados especiais, competentes para o julgamento das causas de menor complexidade (Leis 9.099/95 e 10.259/01), representam hipóteses de restrição constitucionalmente legítima ao direito de acesso à Justiça, entre outras, certas limitações dos meios de prova, a sumariedade da cognição, em face da concentração dos atos processuais, a vedação da reconvenção, da assistência e da intervenção de terceiros, bem como a restrição aos meios recursais (inclusive com a irrecorribilidade das interlocutórias).

A proibição da ação rescisória, todavia, não passa com êxito no teste da razoabilidade. Revela-se inadequada, por não contribuir para a celeridade do processo. Nada de positivo acrescenta para a pacificação, com justiça, das relações sociais. Antes, pode ser decisiva no agravamento e perpetuação dos conflitos, por isso que adiciona, à natural insatisfação da parte sucumbente, um elemento antes inexistente: o sentimento de revolta, ante a atuação desvirtuada do Estado-juiz e a impotência em face do dano consumado.

Nesse sentido, não é compatível com a norma inscrita no inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Assim, confrontado com a decisão de admitir, ou não, ação rescisória contra decisão final de mérito oriunda de juizados especiais, cumpre ao julgador – exercendo o controle difuso de constitucionalidade das leis, olhos postos no dogma da supremacia da norma constitucional – negar aplicação ao art. 59, da Lei nº 9.099/95, acolhendo a ação desconstitutiva, por força da garantia constitucional de acesso à Justiça.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Franca (SP): Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. Ciudad de México: UNAM, 1970.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos nos juizados especiais**. São Paulo: Dialética, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra** (in Saggi di diritto processuale civile). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

COSTA NETO, Fernando Tourinho da; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias da. **Juizados especiais federais cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Montevideo: Editorial B. De F., 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos juizados cíveis**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Márcia Conceição Alves. **Ação rescisória**. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias da; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOTION FOR NEW TRIAL IN SPECIAL COURTS AND ACCESS TO JUSTICE AS FUNDAMENTAL RIGHT

Abstract: According to the Brazilian law n. 9.099/95, it is not allowed a motion for new trial in special courts, where cases of smaller economic impact are tried. This question is discussed in light of the theory of fundamental rights. The new procedure adopted by these courts is here analyzed, as well as its historical aspects. It is concluded that, since this legal forbiddance is unconstitutional, the Judiciary may be requested to intervene.

Keywords: Motion for new trial. Rescissory. Constitutional rights.

Carga Tributária e Gasto Público: Propaganda e Terceirização*

HUGO DE BRITO MACHADO

Juiz aposentado do TRF da 5a Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.

www.hugomachado.adv.br

Sumário: 1) Introdução; 2) Propaganda governamental; 3) Terceirização nos serviços públicos; 4) Considerações finais.

Palavras-chave: Tributos. Estado. Propaganda. Terceirização.

1 INTRODUÇÃO

A questão da elevada carga tributária tem ocupado significativos espaços nos meios de divulgação de massa e mais de uma vez observou-se certa reação da sociedade contra a pretensão de aumento de tributo. Tornam-se, aliás, frequentes as manifestações neste sentido, apontando a necessidade de se dar um basta às pretensões do governo de criar novos tributos ou elevar os existentes. Reação que se justifica especialmente em face da elevação de nossa carga tributária nos últimos anos.

Os governos sempre encontram argumentos para instituir tributos. Geralmente de cunho demagógico, de forte apelo ao sentimento das pessoas, que terminam comovidas e se submetem às novas exigências. Quando o Presidente João Figueiredo comemorava a instituição do FINSOCIAL, com alíquota de 0,5% (meio por cento) incidente sobre o faturamento das empresas, disse emocionado, chorando, que agora a pobreza seria erradicada de nosso País. Muitos anos se passaram. O tributo sobre o faturamento mudou de nome e teve sua alíquota

* Palestra proferida na FA7 em 27. out. 06.

elevada várias vezes, sendo hoje de 7,6%, e mesmo assim a população pobre cresceu de forma significativa.

Recentemente tivemos a instituição do denominado Fundo de Combate à Pobreza, com Emenda Constitucional que permitiu aos Estados o aumento da alíquota do ICMS incidente sobre produtos supérfluos. Foram elevadas as alíquotas desse imposto, para combustíveis e energia elétrica, que na verdade não são supérfluos. O óleo diesel, aliás, é subsidiado pelo governo, o que é bastante para afastar dele essa qualificação. Mas ao governo não importa coerência. Nem importa o Direito. Imposta simplesmente arrecadar.

Ocorre que nossa capacidade contributiva está esgotada. Nem se venha argumentar com a possibilidade de aumento da receita decorrente do combate à sonegação, sem aumento das alíquotas dos impostos já existentes. A sonegação já é uma consequência das alíquotas exageradamente elevadas e da multiplicidade de incidências tributárias sobre os mesmos fatos. A solução adequada reside mesmo na redução nominal dos tributos, com a qual até se pode esperar um aumento da receita, embora não se possa assegurar que isto vai ocorrer.

Seja como for, se admitirmos que o gasto dos valores atualmente despendidos é necessário, que não é possível a redução desses gastos, é inútil pensarmos em redução da carga tributária. É preciso, portanto, encontrarmos uma forma de reduzir os gastos públicos. E isto é perfeitamente possível. Um exame criterioso dos orçamentos dos diversos órgãos públicos com certeza nos mostrará vários pontos nos quais é possível redução de gastos. Basta que exista vontade política para tanto. Mesmo sem tal exame, porém, podemos indicar desde logo dois pontos nos quais é possível a redução do gasto e o ordenamento jurídico já nos permite trabalhar nesse sentido, embora seja recomendável a mudança das leis para tornar esse trabalho mais fácil e rápido. Esses dois pontos são a propaganda governamental e a terceirização nos serviços públicos, como vamos demonstrar.

2 PROPAGANDA GOVERNAMENTAL

2.1. DESNECESSIDADE DO GASTO

Quando se questiona qualquer redução de gastos a primeira questão que se coloca é a de saber se eles são necessários, ou não. Resolvida essa questão afirmativamente, vale dizer, depois que se chega à conclusão de que um gasto é necessário é que se coloca a questão das prioridades. Quais são os gastos mais necessários. Qual a prioridade. E quando se chega à conclusão de que o gasto é desnecessário a questão está resolvida. Deve ser evitado.

No caso dos gastos com propaganda, com certeza nem será ultrapassada a primeira questão, pois tais gastos são na verdade inteiramente desnecessários. Na empresa privada a propaganda é necessária para atrair clientela. Daí a divulgação

insistente das qualidades de muitos produtos e serviços. É a disputa do mercado. A disputa do cliente porque este gera a receita sem a qual a empresa não pode sobreviver. Os órgãos do Estado não precisam fazer propaganda. Seus serviços, embora geralmente sejam de má qualidade, não são suficientes para atender aqueles que os procuram. Nenhuma entidade prestadora de serviços públicos precisa atrair clientes. Eles já existem, e muitos, em filas intermináveis porque a capacidade de atendimento é geralmente insuficiente.

A propaganda governamental na verdade é feita para a promoção pessoal dos governantes, tanto que no passado veiculava seus nomes e fotografias. Já não pode fazê-lo mas veicula, ainda que indevidamente, mensagens que de algum modo, ainda que apenas em razão de circunstâncias, identificam os favorecidos com a divulgação.

2.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO GASTO COM PROPAGANDA

Não se venha invocar o disposto no art. 37, § 1º, da vigente Constituição Federal, para sustentar que a mesma autoriza a propaganda governamental. O referido dispositivo na verdade a proíbe, embora essa proibição venha sendo ignorada a toda hora.

Realmente, o referido dispositivo estabelece:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços, e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Como se vê, proíbe expressamente a *propaganda governamental*. Autoriza a *publicidade*, mas proíbe que da mesma constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Para compreendermos a proibição em tela basta que tenhamos presente a distinção entre *publicidade e propaganda*. A palavra *publicidade* tem sentido amplo que envolve a idéia de *propaganda*, mas é indiscutível que esta alberga um sentido específico que a distingue. A propaganda é uma espécie de publicidade, que se caracteriza pela finalidade de influir nas pessoas às quais é dirigida.

Nos órgãos públicos, exatamente porque são públicos, todos os atos praticados devem ser transparentes. Neles deve ser adotada a publicidade como um princípio. A esse respeito doutrina Celso Antônio, com inteira propriedade:

“Deveras, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida.”¹

Ainda a respeito do princípio da publicidade, referindo-se aos dispositivos constitucionais que o consagram, doutrina Celso Antônio com inteira propriedade:

“Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de tê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, “b”, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.95) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Além disso, o mesmo art. 5º, no inciso LXXII, confere a garantia do *habeas data* para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados.”²

A *publicidade* dos atos do Estado é uma garantia do cidadão. Como então se explica seja proibida a propaganda governamental?

A resposta pode ser facilmente encontrada no dispositivo constitucional acima transcrito. Nele está dito expressamente que a publicidade por ele autorizada deverá ter caráter *educativo, informativo ou de orientação social*. Está definida, pois, a finalidade. Esta só pode ser educativa, informativa e de orientação social. Não

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 18ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 75.

² Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 18ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 104/105.

qualquer outra. E ao proibir que dessa publicidade constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o dispositivo proíbe expressamente a propaganda, que restaria caracterizada pela finalidade de promoção pessoal da autoridade ou do servidor público.

Indiscutível, portanto, a proibição de propaganda governamental que tem a exclusiva finalidade de promover a autoridade ou o servidor público, embora não veicule seu nome nem seu retrato. Basta que veicule símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal. Ou que não albergue o chamamento das pessoas para participarem de ações governamentais desenvolvida em proveito destas, como campanhas de vacinação e de outras formas de prevenção de doenças, por exemplo.

2.3. PUBLICIDADE PROIBIDA

São formas de publicidade proibida, nos termos do art. 37, § 1º, da vigente Constituição Federal, todas aquelas que não tiverem caracteres educativo, informativo ou de orientação social, bem como a propaganda de autoridade ou servidor público, como tal entendida a publicidade que conterm nomes, símbolos ou imagens que caracterizam promoção pessoal.

A qualificação feita pela referência ao caráter *informativo* certamente não pode ser entendida tomando-se tal palavra em seu sentido literal e isoladamente. Toda e qualquer publicidade tem caráter *informativo*. A qualificação da espécie, assim, seria inteiramente inócua. Não seria uma qualificação específica porque o caráter *informativo* é próprio do gênero. A referência a ele para qualificar a espécie há de ser entendida, portanto, como exigência de caráter simplesmente informativo, vale dizer, publicidade sem qualquer outra finalidade que não aquela de informar. Publicidade feita com o objetivo apenas informar, e não informar para influir.

Assim, podemos afirmar que o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, proíbe todas as formas publicidade que:

- A) impliquem promoção pessoal de autoridade ou servidor público;
- B) não tenham caráter educativo ou de orientação social.
- C) não tenham caráter exclusivamente informativo.

Importante é observarmos que o fato de ter caráter educativo ou de orientação social não torna lícita e, portanto, permitida a publicidade promocional. Se puder ser caracterizada como forma de promoção pessoal de autoridade ou servidor público a publicidade é proibida, ainda que tenha caráter educativo ou de orientação social.

2.4. PUBLICIDADE PERMITIDA

A publicidade é um princípio constitucional inerente ao Estado Democrático de Direito, porque neste, como ensina Celso Antônio, o poder emana do povo e

assim não se pode esconder dos administrados “assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” Assim, tem-se de entender que a publicidade permitida – e mais que isto, constitucionalmente determinada – é apenas a que se faça no interesse do povo e não no interesse dos governantes.

A publicidade permitida, portanto, é apenas aquela destinada a permitir aos administrados o controle da atividade administrativa, e a defesa de seus direitos individuais e sociais. Em outras palavras, a publicidade permitida é somente aquela:

A) determinada pela lei para viabilizar o controle da atividade administrativa e a defesa de direitos individuais ou sociais; e

B) que tem caráter educativo ou de orientação social

Mas é importante que se entenda que o ter caráter educativo ou de orientação social não quer dizer apenas veicular, no meio de diversas informações que se destinam apenas a promover a pessoa do governante, pequena mensagem que pode ser considerada educativa. O que torna a publicidade permitida é o ter caráter exclusivamente educativo ou de orientação social.

2.5. DISTINÇÃO ESSENCIAL ENTRE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Sabido que publicidade é o gênero e propaganda é uma espécie de publicidade, podemos dizer que essa espécie identifica-se pela finalidade. Enquanto a publicidade tem por fim apenas tornar conhecido o fato divulgado, a propaganda tem por fim fazer isto com o propósito de influir no íntimo das pessoas às quais se dirige, não necessariamente para que comprem um bem ou um serviço, mas para que adotem certo comportamento.³

É publicidade, em sentido estrito, aquela que tem caráter simplesmente informativo. Aquela cujo objetivo é apenas o de tornar público aquilo que informa. Que não põe em questão a finalidade para a qual se torna algo público porque a finalidade é apenas a de tornar público, isto é, dar conhecimento aos interessados.

A publicidade, em sentido amplo, inclui a propaganda. Espécie de publicidade que se caracteriza pela finalidade com a qual algo é tornado público. Finalidade que consiste em influir nas condutas de seus destinatários.

A distinção apoiada no critério da finalidade de influir nas condutas de seus destinatários, todavia, é insuficiente para nos permitir separar o que está autorizado do que está proibido pelo art. 37, § 1º, da vigente Constituição Federal. Em princípio, a publicidade autorizada é aquela de caráter simplesmente informativo,

³ Teodoro González Ballesteros. Dicionario Jurídico para Periodistas, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, págs. 669/670.

sem a finalidade de influir na conduta das pessoas às quais é destinada. A publicidade pura e simples, ou publicidade em sentido estrito. Ocorre que também está autorizada a publicidade com caráter educativo e de orientação social. E mesmo quanto à publicidade em sentido estrito convêm o estabelecimento de critério para se identificar essa espécie de publicidade, evitando-se desta forma que se faça propagando a pretexto de fazer publicidade em sentido estrito.

2.6. CRITÉRIOS PRÁTICOS DE DISTINÇÃO

Regra geral para caracterização da publicidade é a desnecessidade de trabalho técnico de elaboração da mensagem divulgada. Divulga-se simplesmente o fato, sem qualquer preocupação de influenciar as pessoas. A publicidade alcança o seu objetivo pelo fato de dar conhecimento ao público da mensagem divulgada. Por isto mesmo não se faz necessária nenhuma habilidade técnica de quem prepara a matéria a ser divulgada. A publicidade apenas torna público o fato. Não importa saber qual será a consequência que vai produzir na mente das pessoas.

Mas, como também é permitida a publicidade de caráter educativo e de orientação social, esse critério é insuficiente. Necessita-se de algo para distinguir a publicidade destinada simplesmente a dar conhecimento, daquela destinada a educar e a orientar a população. Um critério capaz de ajudar nessa distinção reside no tempo e no autor do fato divulgado. Se a mensagem divulga fato situado no passado que tem como autor o governo, é propaganda: foi feito isto e aquilo. Se a divulgação apenas conclama para um fato futuro que há de ser realizado pelo cidadão ou pela sociedade, anunciando o que a população deve fazer, é publicidade permitida.

Seja como for, sempre existirão mentes prodigiosas prontas para apontar caminhos vários no sentido de burlar a lei na busca da realização dos interesses pessoas dos poderosos que se encontram no exercício do poder. Por isto mesmo a lei deve ser o mais objetiva possível. Deve estabelecer regras que, na medida do possível, resistam às investidas dos poderosos. Para tanto devemos pensar em regras capazes de colocar a serviço de sua preservação algumas forças que de outro modo poderiam estar atuando em sentido contrário.

2.7. PUBLICIDADE COMO SERVIÇO PÚBLICO

Temos de considerar que a denominada comunicação de massa é um serviço público. Certo que “a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”⁴, e isto nos leva a concluir que o jornal impresso, ou

⁴ Constituição Federal de 1988, art. 220, § 6º.

jornal no sentido tradicional da palavra, já não é um serviço público. Mas o rádio e a televisão constituem serviço público porque a Constituição estabelece que “o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”, depende de concessão do Poder Executivo federal.⁵

Sendo assim, nada impede que ao concessionário do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens seja imputado o ônus de fazer, sem qualquer pagamento, a publicidade de tudo quanto o governo deva divulgar. Isto fará com que, sem interesse na divulgação, as empresas concessionárias desse serviço ajudem a controlar a publicidade governamental evitando-se assim o abuso dos governantes.

3 TERCEIRIZAÇÃO NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. A ONDA DO NEOLIBERALISMO

Com a onda do neoliberalismo que se espalha no mundo, passou-se no Brasil a adotar a terceirização da mão de obra nos serviços públicos. Na atividade privada a terceirização pode ser vantajosa. Com ela se busca a vantagem decorrente da especialização. O empresário livra-se do trata com as questões trabalhistas e previdenciárias. Embora assuma o ônus, porque no preço dos serviços que contrata está ele incluído, livra-se da necessidade de lidar com empregados.

Nos serviços públicos, porém, a terceirização é simplesmente desastrosa. É uma porta escancarada para a corrupção, porque torna praticamente impossível o controle do superfaturamento, além de outras formas de fraude que estão disseminadas em todo o País. Há pouco vimos nos jornais locais notícia a respeito de Prefeitura do interior do nosso Estado, dando conta de suspeita de irregularidades em contratos de prestação de serviços. Pequena amostra do que está acontecendo no Brasil inteiro, nos âmbitos federal, estadual e municipal. De ponta a ponta reina a corrupção com aparência de legalidade que lhe empresta a malsinada terceirização.

3.2. BURLA À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO

Além disto a terceirização de mão de obra nos serviços públicos é uma forma de burla à exigência de concurso público, que assegura oportunidade de ingresso nos serviços públicos a todos os brasileiros pelo critério do mérito pessoal., é uma das maiores conquistas da cidadania brasileira.

⁵ Constituição Federal de 1988, art. 223.

A vigente Constituição Federal diz que:

“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.” E para fazer efetiva essa promessa diz também que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”⁶

Os interessados em burlar esses preceitos constitucionais têm trabalhado com a distinção entre atividade fim e atividade meio. Sustentam que as atividades meio podem ser desempenhadas por pessoas que não fazem parte do serviço público. Empregados de empresas privadas que prestam serviços aos órgãos públicos. Os denominados “terceirizados”.

A burla é evidente. A norma constitucional não distingue entre atividade fim e atividade meio. Nada justifica a contratação de empresas prestadoras de serviços, ou locadoras de mão de obra, para o desempenho de atividades meio em órgãos públicos.

3.3. BURLA AO CONTROLE DA OPINIÃO PÚBLICA

Não faz muito tempo observava-se um forte controle da opinião pública sobre o uso de automóveis oficiais. Os famosos carros “chapas brancas”. Automóveis com placas oficiais, brancas ou pretas (de bronze) estacionados nas proximidades de restaurantes, ou de colégios, eram fotografados e objeto de publicidade nos jornais, apontando o abuso na utilização desses veículos que estivessem levando autoridades para restaurantes ou seus filhos para a escola.

Já não se houve mais falar nos “chapas brancas”, ou pretas. Mas o problema do abuso na utilização de automóveis por parte de autoridades continua. Só que disfarçado. Fora do controle da opinião pública.

Realmente, as autoridades atualmente preferem automóveis alugados. O serviço de transporte dessas autoridades é objeto de terceirização. O gasto do governo aumentou, mas o abuso está fora do controle da opinião pública.

⁶ Constituição Federal de 1988, art. 37, incisos I e II.

3.4. INCREMENTO NA CONCENTRAÇÃO DE RENDA

Os que defendem a terceirização nos serviços públicos geralmente argumentam com a acomodação do servidor público que, cheio de direitos, não se dá ao trabalho. Ganha muito e trabalha pouco. Daí decorreria a ineficiência dos serviços públicos.

O argumento é aparentemente consistente. Mas só aparentemente. Embora em alguns casos realmente exista acomodação do servidor público, essa acomodação pode ser evitada por outros meios, inclusive com a mudança da legislação, se for o caso. Aliás, a prática nos tem mostrado que a terceirização não elimina o problema, além de criar outros, como certa irresponsabilidade de terceirizado que não se sente comprometido com o serviço exatamente porque não tem com ele laços permanentes. Nem seu emprego é melhor do que um outro que poderá arranjar se demitido.

Por outro lado, entre os males da terceirização temos o aumento de oportunidades para a prática de corrupção, a dificuldade no controle das contas públicas e o significativo aumento na concentração de renda no País. Enquanto o gasto com a remuneração de servidores públicos direciona a renda para camadas economicamente mais modestas, a terceirização permite que as empresas explorem os trabalhadores, pagando a estes salários os menores que o mercado permite, de sorte que o gasto com a terceirização termina por carrear as maiores somas para o bolso do empresário na forma de lucro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Invocando a doutrina de Norberto Bobbio, o Senador Marco Maciel, em artigo sobre “Reformas Políticas” (Diário do Nordeste, Fortaleza, 25 de junho de 2006) adverte que não adianta tentarmos mudar os homens porque o importante é fortalecer as instituições. E na verdade mudar governantes não resolve. Renova nossas esperanças mas termina em decepção. Importante é fortalecermos nossas instituições, tornando-as menos vulneráveis.

Proibir a propaganda governamental é fortalecer nossas instituições, evitando-se a aplicação de recursos públicos no interesse pessoal de governantes. Os gastos com propaganda são, além disto, um instrumento de corrupção na medida em que contribuem para calar os órgãos de comunicação de massa, evitando que estes exerçam o seu importante papel na sociedade democrática.

Atribuir as atividades do Estado a seus servidores, titulares de cargos acessíveis a todos os cidadãos mediante concurso público, é outra forma de fortalecer nossas instituições. Na verdade a terceirização nos serviços públicos é uma porta escancarada para a corrupção, além de amesquinhar uma das maiores conquistas da cidadania brasileira que é a exigência de concurso para o ingresso no Serviço Público.

A contratação de empresas pelos órgãos públicos deve ficar restrita à execução de atividades eventuais por natureza. Não se justifica a criação de cargo público de pedreiro, servente, pintor, porque o órgão público precisa reformar sua sede. Deve contratar com empresa privada a prestação do serviço. Em se tratando, porém, de atividade permanente, devem estas ser desempenhadas por servidores públicos, admitidos mediante concurso, pois somente assim estará sendo obedecido o comando constitucional.

Considerando-se que o Brasil está entre os primeiros lugares no mundo na concentração de renda, o fato de ser a terceirização nos serviços públicos um PP instrumento que a realiza já é o bastante para preconizarmos a sua extinção.

Direito Penal e Modernização

AGERSON TABOSA PINTO

Doutor em Direito. Professor de Direito Romano na FA7.

agerson@secrel.com.br

Sumário: 1) Introdução; 2) Direito penal antigo; 3) Direito penal clássico; 4) Considerações finais; 5) Referências bibliográficas; 6) Notas explicativas.

Palavra Chave: Direito romano. Direito penal. Modernização.

1 INTRODUÇÃO

A leitura do livro *Da Divisão do Trabalho Social* levou-me a refletir sobre se Durkheim, que figura entre os fundadores da Sociologia Jurídica, tinha razão quando defendeu, como evolução natural do Direito, aquela que vai do direito repressivo ao direito restitutivo. Para Durkheim, o Direito é o símbolo visível da solidariedade social. No direito penal, que trata de crimes e de penas, a sanção é sempre negativa, reprovativa ou repressiva, pois o crime representa a ruptura da solidariedade social, que é mecânica, pois baseada na similitude dos integrantes do grupo. No direito civil, que regula as relações contratuais e de cooperação, a função do direito é manter a interdependência, o equilíbrio, a harmonia da solidariedade que, no caso, é orgânica, pois fundada na diferenciação e na divisão do trabalho dos membros do grupo. A ser verdadeira essa tese, o direito penal teria precedido ao direito civil no sentido em que empregamos hoje as expressões? A tese de Durkheim teria aplicação no processo evolutivo do Direito Romano, ao longo do qual à proporção que a sociedade romana se diferenciava, o direito repressivo cedia espaço ao direito restitutivo? É o que esta comunicação pretende debater. Compreende ela duas partes, correspondentes aos dois períodos em que o Direito Penal romano será considerado, o antigo e o clássico. Começaremos cada uma delas com o referencial teórico, indispensável ao entendimento da doutrina durkheimiana, distinguindo sociedade simples de sociedade segmentaria, solidariedade mecânica ou por similitude, de solidariedade orgânica, ou por divisão do trabalho, direito repressivo de direito retributivo. Mostraremos, em seguida,

na abordagem da primeira parte, algumas das características mais expressivas do direito penal antigo, entre as quais estão a religiosidade, o conservadorismo e o privatismo. Esse privatismo, como veremos, entra em choque, a todo instante, com o seu oposto, o coletivismo ou comunitarismo. Na sociedade atrasada, o crime, como conduta desviada, é ofensa do delinqüente não só à vítima mas também à sua comunidade e a sanção, através da pena, é vingança, não somente da vítima mas de todo o seu grupo. A administração da justiça criminal foi também, por muito tempo, comunitária, pois os julgamentos eram confiados às assembléias comiciais, as mesmas que detinham o poder de votar as leis, mas, a justiça civil, muito ainda ficou a cargo de particulares, deste as citações aos réus até a execução das sentenças.

Mostraremos, por fim, encerrando a primeira parte, que a Lei das XII Tábuas, embora localizada ainda no período arcaico, pois é de 450 a. C, representa, na verdade, uma codificação bastante avançada. Na segunda parte, após apontarmos algumas mudanças modernizadoras da sociedade romana, vamos destacar atributos do seu direito compatíveis com essa modernização, com realce para a secularização e a publicização das normas jurídicas. Esse avanço continua com a transição do delito privado ou ilícito penal para o ato ilícito ou ilícito civil. A obra, que inspirou este trabalho, foi o primeiro dos mais importantes livros de Durkheim, escrito em 1893, como tese de doutorado. Embora sem formação jurídica (era um filósofo que começou a vida profissional ensinando Sociologia), Durkheim ocupou-se do Direito para explicar os diferentes tipos de solidariedade social. É natural que tenha provocado reações negativas, partindo principalmente de juristas, como ocorreu, dois anos depois, em 1895, com a publicação de *As Regras do Método Sociológico*. Nessa obra, teria pregado, como princípio metodológico, a coisificação dos fatos sociais, entre os quais estava o direito, e teria defendido a normalidade do crime, como fato social. O que não se pode é deixar de reconhecer o mérito do livro em debate, pelas mais diferentes razões. Desde a importância do tema, a vastidão da pesquisa, a clareza dos argumentos até o cuidado metodológico e a rica bibliografia. O assunto se liga à genética do Direito, área de sua predileção⁽¹⁾. Sua pesquisa foi submetida ao método histórico-comparado, orientado pela mudança evolucionista de Spencer, sua bibliografia contou com os livros dos autores de mais prestígio intelectual na época⁽²⁾.

2 DIREITO PENAL ANTIGO

Durkheim tentou responder àquelas duas perguntas básicas formuladas na introdução, com sua teoria da solidariedade social. Para explicar essa solidariedade, que, segundo ele, é uma realidade de natureza moral, valeu-se da funcionalidade do seu símbolo visível, que é o direito. Este, nas sociedades primitivas, revela-se

de forma repressiva, produzindo a solidariedade mecânica, e, de forma repressiva, nas sociedades mais evoluídas, gerando solidariedade orgânica⁽³⁾.

2.1. SOLIDARIEDADE MECÂNICA E DIREITO REPRESSIVO

A palavra solidariedade vem do latim - solidum – que significa inteiro. Solidariedade social ou grupal é a consciência que cada indivíduo tem de que integra a unidade grupal. A consciência, verbi gratia, que têm os filhos de integrarem, com os pais, o grupo família; que têm os alunos de integrarem, com os professores e funcionários, o grupo escola; que têm os cidadãos de integrarem, com os governantes, o grupo Estado. Quanto mais viva for essa consciência, mais solidário e coeso é o grupo. O direito, como “regra de conduta sancionada”,⁽⁴⁾ tem por função a manutenção dessa solidariedade. Por isso ele é o seu símbolo visível. A solidariedade da sociedade simples, primitiva, homogênea, Durkheim chamou-a de mecânica, porque natural, espontânea, informal, inconsciente.⁽⁵⁾ A indiferenciação funcional torna os indivíduos, dentro do grupo, semelhantes. Aderem eles totalmente ao grupo, perdendo como que sua individualidade, ou sua personalidade. A padronização do comportamento é reflexo dessa homogeneidade, que faz o direito manifestar-se sempre em forma de costume, e confunde o direito humano (jus) com o direito divino (fas). Por isso, a norma jurídica era santa, ela precisava de sanção⁽⁶⁾. Quando alguém comete um crime, além do prejuízo causado à vítima, transgredir uma norma jurídica, “melindra os sentimentos que se encontram em todas as consciências sadias do mesmo tipo social”⁽⁷⁾ e provoca até a ira dos deuses. A harmonia do grupo, afetada pelo crime, tem ligação com a pax deorum, daí porque a repressão não se faz esperar. As penas, instrumentos dessa repressão, primam pela severidade, sem que sua intensidade corresponda sempre à gravidade do malefício⁽⁸⁾.

2.2. RELIGIOSIDADE E CONSERVADORISMO

Fustel de Coulanges chegou a dizer que o verdadeiro legislador dos antigos não foi o homem, mas a crença religiosa que acalentou em seu peito e a que obedeceu⁽⁹⁾ Durkheim, a seu turno, afirma que, nas sociedades inferiores, o direito é quase exclusivamente penal, por isso é sobremodo estacionário, sempre repressivo e essencialmente conservador. “Essa fixidez do direito penal atesta a força de resistência dos sentimentos coletivos a que corresponde. Inversamente, a maior plasticidade das regras puramente morais e a rapidez relativa de sua evolução demonstram a menor energia dos sentimentos que são sua base: ou eles são mais recentemente adquiridos e ainda não têm tempo de penetrar profundamente nas consciências, ou estão se arraigando e sobem do fundo para a

superfície”.⁽¹⁰⁾ Quanto ao Direito Romano Antigo, ele não fugiu à regra. Como na história de todos os povos, a religião esteve também no berço da cultura romana, influenciando em toda sua produção jurídica. “É que, no estágio primitivo da sociedade romana, correspondente, talvez, ao estado teológico da teoria da mudança social de Comte, era impossível delimitar as áreas específicas do *fas* e do *jus*. A religião, os deuses, as coisas sagradas eram do Estado, os sacerdotes eram como que funcionários públicos. Direito divino e direito humano se interpenetravam”.⁽¹¹⁾ Note-se que o direito penal antigo manteve-se conservador, independentemente da redução de seu grau de religiosidade. “Compare-se o direito penal, tal como a Lei das XII Tábuas fixou-o em Roma, com o estado em que se encontra na época clássica, as mudanças que se podem constatar são pouquíssimas, se comparadas com as que o direito civil sofreu durante o mesmo tempo”.⁽¹²⁾

2.3. COMUNITARISMO VERSUS PRIVATIVISMO

A mistura, para não dizer o confronto, do comunitário com o privado, é uma constante em todas as sociedades antigas. Tal constatação é facilmente verificável no Direito. Bonfante chega a relacionar, entre as características do direito arcaico romano, o paralelismo entre o direito público e o direito privado,⁽¹³⁾ para o que Silvio Meira encontrara uma explicação, à luz dos princípios da Sociologia. “A família, na origem da sociedade romana, era um organismo com características políticas, com um *pater*, chefe civil e militar, sacerdote e magistrado ... Era uma unidade política, acastelada na *domus*, com seus deuses próprios e uma disciplina férrea. Com tal fisionomia, a família tornou-se o centro da vida privada romana e atraía para o seu âmbito normas, princípios e atribuições estatais. O *pater*, como sacerdote, aplicava o *jus sacrum doméstico*; como magistrado, julgava os que estavam sob seu poder (*potestas*), como direito de vida e de morte (*jus vitae necisque*). O direito público e o privado por vezes se confundiam, interdependiam, mal definidas que eram as fronteiras. Com a organização da *civitas*, a organização familiar passou a ter aspecto diferente, absorvida que foi gradativamente por aquela”.⁽¹⁴⁾ Na verdade, somente quando essa absorção, da família pela *civitas*, se completou, é que o direito público começou a desenvolver-se. Com relação ao Direito Penal, propriamente dito, Mommsen é muito claro e explícito ao afirmar que ele só passou a existir quando a repressão tornou-se completamente estatal. Tal só foi possível quando a lei: 1. Colocou limites ao arbítrio do juiz; 2. Relacionou os atos tidos como delitos; 3. Organizou o procedimento; 4. Determinou a reparação adequada⁽¹⁵⁾. E conclui: “De ahora en adelante no podia haber en Roma ningún delito sin previa ley criminal, ningún procedimiento sin previa ley procesal, ni ninguna pena sin previa ley penal”.⁽¹⁶⁾ Se tomarmos, como referência, a Lei das Tábuas, quando o direito penal já havia

começado e já mostrava sinais de avanço, encontramos várias marcas do privativismo, a impedir a modernização da justiça criminal. Com efeito, na definição da pena, a lei decenviral ainda autorizava a vingança privada, não em sua forma primitiva e absoluta, mas condicionada à proporção da ofensa, conforme o princípio do talião. Autorizava igualmente, as composições, que são também manifestação de privativismo, pois oriundas do acordo das partes. Nelas, a determinação da pena não expressa somente vontade unilateral da vítima, mas também a do autor do maleficium.⁽¹⁷⁾ É fácil também identificar a presença do privativismo nos sistemas processuais, mais no civil do que no criminal. No processo civil, tanto no período da *Legis Actiones*, quanto no das fórmulas, a citação do réu era feita pelo autor. Ao particular, após o reconhecimento pelo magistrado do seu direito de acionar (*jus actionis*), cabia-lhe fazer a citação do réu, para que o processo pudesse deslanchar. O juiz ou árbitro era um particular, leigo, sem toga, um *judex privatus*, que podia ser escolhido por indicação das partes. Também no final do processo, a execução da sentença ficava a cargo da parte vencedora. Somente no terceiro sistema, o extraordinário, é que a publicização processual se completou. A citação era da alçada de serventúrios da justiça, o *judex* era togado, oficial, e pela execução das sentenças se responsabilizava a própria administração da justiça. No processo criminal, a citação sempre foi pública, pois feita através de editos e a execução das sentenças era da competência de agentes do governo⁽¹⁸⁾.

2.4. A LEI DAS XII TÁBUAS

Como a sociedade romana proviera da junção de três tribos - Ramnes, Tities e Luceres - ela nunca foi tão homogênea ou simples quanto outras sociedades primitivas. Em conseqüência, o Direito Romano, mesmo o do período antigo, já se revelava bastante diferenciado, evoluído, modernizado. Prova eloqüente disto é a Lei das XII Tábuas, considerada por Santos Justo o primeiro marco da tendência romana de diferenciar os conceitos.⁽¹⁹⁾ Embora promulgada no período arcaico, a lei decenviral já se manifestava, para Durkheim, bastante avançada, pois: 1. Era absolutamente laica⁽²⁰⁾; 2. Continha todos os principais germes do nosso direito atual⁽²¹⁾ e 3. Nela, o espaço do direito criminal era limitado e o direito cooperativo fazia sua aparição⁽²²⁾

3 DIREITO PENAL CLÁSSICO

Segundo a teoria neo-evolucionista de Durkheim, o que fez a transformação da sociedade romana arcaica rumo à modernização foi sua crescente diferenciação. Diferenciação de suas estruturas e funções, na linguagem funcionalista.⁽²³⁾ E, com

a sociedade, modernizou-se também o seu direito, e, mais especificamente, o seu direito penal. Examinemos, com Durkheim, esse fenômeno, observando o surgimento de novo tipo de solidariedade social, a solidariedade orgânica, com o progresso do direito restitutivo, e os processos de secularização e publicização do direito, e, por fim, acompanhando a transição dos delitos privados e quase-delitos para os atos ilícitos.

3.1. SOLIDARIEDADE ORGÂNICA E DIREITO RESTITUTIVO

A sociedade homogênea primitiva, impulsionada pela diferenciação, começa a dividir-se em sociedades segmentárias. Em Roma, esse processo começou muito cedo. As três tribos do núcleo primitivo produziram, cada uma, 10 gentes, cada uma das quais originou 10 famílias. Assim, eram 300 famílias patriarcais, todas iguais, com dezenas e centenas de *personae*, quase todas iguais, *alieni juris*, pois só era *sui juris* quem não tivesse ascendente varão vivo. Era um só tipo de organização familiar com somente duas funções: a de chefia, do *pater* e a de subordinação, dos parentes. Ao lado da família patriarcal, havia a organização política da *civitas* monárquica, integrada pelos *cives* e chefiada pelo *rex*, que concentrava em suas mãos todas as funções governamentais. O exclusivismo ou particularismo, tanto do grupo familiar⁽²⁴⁾, quanto da sociedade política⁽²⁵⁾ era sinal de atraso, pois se opunha ao universalismo, variável caracterizadora de modernização⁽²⁶⁾.

A existência destas duas realidades distintas - a família e o Estado - reguladas ambas por normas jurídicas, deve ter inspirado a Ulpiano aquela classificação bipartida (*duae positiones*) do direito, ainda hoje utilizada.⁽²⁷⁾ Será *publicum jus* aquele direito cujo interesse maior for do Estado ou do povo (*quod ad statum rei Romanae spectat*) e *privatum jus*, aquele que regular matéria de interesse prevaiente do particular (*quod ad singulorum utilitatem*). Essa dualidade deve ter inspirado também a Durkheim a concepção do direito repressivo e do direito restitutivo, embasando aquele a solidariedade mecânica, e este, a solidariedade orgânica. Para Durkheim, o direito restitutivo é aquele que “não implica necessariamente um sofrimento do agente” (como o direito repressivo), “mas consiste apenas na reparação das coisas, no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, quer o ato incriminado seja reconduzido à força ao tipo de que desviou, quer seja anulado, isto é, privado de todo e qualquer valor social”.⁽²⁸⁾ Compreende ele “o direito civil, o direito comercial, o direito processual, o direito administrativo e constitucional, fazendo-se abstração das regras penais que se podem encontrar aí”.⁽²⁹⁾ Como esse direito é próprio das sociedades diferenciadas, ele próprio se diferencia e “cria órgãos cada vez mais especiais: tribunais consulares, tribunais trabalhistas, tribunais administrativos de toda sorte. Mesmo em sua parte mais geral, a saber, o direito civil, ele só entra

em exercício graças a funcionários particulares: magistrados, advogados, etc., que se tornaram aptos a esse papel graças a uma cultura toda especial”.⁽³⁰⁾ A solidariedade social, simbolizada pelo direito cooperativo, “se assemelha, explica Durkheim, à que encontramos nos animais superiores. De fato, cada órgão aí tem sua fisionomia especial, sua autonomia, e contudo a unidade do organismo é tanto maior quanto mais acentuada essa individuação das partes. Devido a essa analogia, propomos chamar de orgânica a solidariedade devida à divisão do trabalho”.⁽³¹⁾ Por essa solidariedade, de fato, por um lado, cada um depende tanto mais estreitamente da sociedade, quanto mais dividido for o trabalho nela e, de outro, a atividade de cada um é tanto mais pessoal quanto mais for especializada”.⁽³²⁾ Ao examinarmos, em seguida, algumas características do direito clássico, é fácil mostrar a diferenciação por que passou a sociedade romana, implicando o declínio do direito repressivo e a evolução do direito restitutivo. É que a solidariedade, que mantém a coesão do grupo, não é mais predominantemente mecânica, decorrente da similitude dos indivíduos, mas, antes, é orgânica, calcada na diversidade de papéis, produzida pela divisão do trabalho.

3.2. SECULARIZAÇÃO DO DIREITO

Já vimos que a laicização ou secularização é um dos primeiros sinais de modernização de um direito. Em Roma, nos tempos mais recuados, o direito e a religião faziam-se presentes em todo relacionamento humano. A própria norma era indiferenciada, não se distinguindo, nela, o aspecto divino do aspecto puramente humano. Os romanos, porém, não tardaram muito a distinguir o jus do fas, o direito ordenado (jubere) pelo homem para o homem do direito falado (fari) pelos deuses para as criaturas humanas.⁽³³⁾ É que as coisas sagradas, os sacerdotes continuavam sendo objeto do direito público, pois o Estado mantinha sua religião oficial, mas sem a importância que tinham os magistrados, responsáveis pela administração da cívitas.⁽³⁴⁾ A família patriarcal começa a diferenciar-se. Os parentes provinham de dois tipos de parentesco: o agnatício (agnatio) e o cognatício ou consanguíneo (cognatio). O paterfamilias tinha, sob seu poder, não só os filhos, mas pessoas diferentes: clientes, escravos e, mais tarde, colonos. De vários modos, podia operar-se a conventio in manum: a confarreatio, a coemptio e o usus.

A atividade econômica básica – a agricultura – começou também sua diferenciação. Ao lado da agricultura familiar de subsistência, surgiu a agricultura comercial de exportação interna e internacional. Para exportar os excedentes agrícolas e as primeiras manufaturas industrializadas, era necessária a criação de um direito novo, o jus gentium. O direito começa, então, a também diferenciar-se. A expansão da agricultura e da indústria provoca o setor serviços e a economia

moderniza-se ainda mais, ao impulso da divisão do trabalho⁽³⁵⁾. Surgem as pessoas jurídicas, tanto as constituídas de pessoas físicas (*universitates personarum*) quanto às constituídas de coisas (*universitates rerum*), para atendimento de interesses os mais diferentes, entre os quais os interesses profissionais, e, com elas, vai progredir o direito restitutivo. O formalismo e o exclusivismo do antigo *jus civile* vão ser quebrados pelo *jus edicendi* dos magistrados e pelo *jus respondendi* dos jurisconsultos. Assim, do *jus honorarium* e da *jurisprudencia* vai surgir um direito civil novo. Com a República, também a *civitas* vai diferenciar-se. As tarefas do governo começaram a definir-se com mais clareza. O Executivo, sob o comando dos magistrados, agora é plural e não mais monocrático, como na Realeza. A princípio, eram apenas dois cônsules, mas, depois, sempre que a divisão do trabalho exigia, eram criadas outras magistraturas. A especialização crescente e a internacionalização das relações sociais explicavam, por exemplo, o surgimento do pretor peregrino, ao lado do pretor urbano. No Legislativo, estavam os comícios, inicialmente somente por cúrias, agora também por centúrias e tribos, votando as leis, e o senado, com sua *auctoritas*, como que as sancionando. O Judiciário, que, como queria Kelsen, com certa razão, sempre exerceu uma função executiva, a de administrar a justiça, sempre esteve, por isso, atrelado ao Executivo. A *jurisdictio* (o poder de dizer o direito) e a *coercitio* (o poder de punir) sempre estiveram com os magistrados, encarregados também da função executiva geral de governar ou administrar (*gérere personam civitatis*)⁽³⁶⁾. Mas o Judiciário romano vai também especializar-se, acompanhando, *pari passu*, a evolução do próprio direito e do próprio Estado.

3.3. A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO

No âmbito da família, as faltas, os desvios de conduta não eram delitos, mas eram julgados pelo *consilium domesticum* para a punição dos faltosos. Não se podia, porém, falar em direito penal, pois a norma violada era de natureza moral. Poderia haver repressão do grupo à conduta desviada, mas de maneira difusa e inorganizada. A pena, aplicada ao delinqüente, porque jurídica, é específica e organizada. Com o desenvolvimento da *civitas*, esta, como já vimos, absorveu a família, extinguindo o direito doméstico. As fases da vingança privada e das composições entre as partes foram superadas. Doravante, o delito e a pena precisam ser previstos em lei, para que sejam tidos como tais, e a identificação, o reconhecimento do crime e sua repressão devem ser feitos pelo Estado. É o que diz Silvio Meira: “A pouco e pouco o Estado foi ampliando o seu círculo de ação, atraindo para o seu campo o direito penal. A Justiça privada foi substituída lentamente pela Justiça pública”⁽³⁷⁾. Também o direito processual penal e civil foi publicizado quando suas regras passaram a constar de leis e quando todos os atos,

já referidos, da competência privada, passaram para a responsabilidade do poder judiciário.⁽³⁸⁾

3.4. DO DELITO PRIVADO AO ATO ILÍCITO

Vamos, por último, mostrar, estudando a evolução do Direito Romano, a transição do delito privado, de sanção repressiva, para o ato ilícito, de sanção restitutiva, fenômeno favorável à tese de Durkheim, em debate. Diz ele: “O delito privado do direito romano representa uma espécie de intermediário entre o crime propriamente dito e a lesão puramente civil. Ele possui traços de ambos e flutua entre os confins dos dois domínios. É um delito no sentido de que a sanção fixada pela lei não consiste simplesmente em restaurar as coisas; o delinqüente não é apenas obrigado a reparar o prejuízo que causou, mas deve algo mais, uma expiação. No entanto, não é exatamente um delito, pois se é a sociedade que pronuncia a pena, não é ela que deve aplicá-la. É um direito que ela confere à parte lesada, que é a única a dispor livremente dele”⁽³⁹⁾.

É o que observa também Silvio Meira, quando diz que o direito penal privado constitui o embrião de um capítulo do Direito Civil: o das obrigações. Observa-se uma interpenetração nos campos dos direitos penal e civil. Os delitos privados, com a evolução social, passaram a integrar o direito público, enquanto muitos institutos do direito civil ... Que, nas origens, eram de caráter público, passaram a ser incorporados ao direito privado”.⁽⁴⁰⁾ Os romanos não teorizaram sobre o ato ilícito, como também não o fizeram sobre o delito,⁽⁴¹⁾ mas, segundo César Rascón, “fue la jurisprudência la que interpretando la lex Aquilia, a partir de la idéia de la culpa, puso las bases de la noción de causalidad e imputabilidad, que preside los modernos ordenamientos en matéria de responsabilidad extracontratual”.⁽⁴²⁾ Mas, o que é o ilícito civil ou ato ilícito e o que o faz diferente do delito privado ou ilícito penal? O critério para responder, ensina San Tiago Dantas, é puramente formal: “Foi esse ato descrito na lei penal como crime? O ilícito é penal. Não foi descrito, o ilícito é civil.⁽⁴³⁾ E prossegue: “o ato ilícito é a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei”⁽⁴⁴⁾. A obrigação gerada pelo ilícito civil é extracontratual exatamente porque decorre de imposição da lei e não de acordo de vontades firmado nos contratos. Diz-se também responsabilidade aquiliana, por que prevista na Lex Aquilia, que regulamentou o delito privado intitulado *damnum injuria datum*.⁽⁴⁵⁾ Até essa lei, promulgada por volta de 287 a.C., para alguém ser responsabilizado pelo referido delito, mister se fazia provar-lhe a intenção dolosa e provar também que o dano tivesse sido causado diretamente pelo agente. Observa San Tiago Dantas que, enquanto o Direito Penal, cada dia, se aferra mais à personalidade do agente para fazer realmente do agente não só o

ponto de imputação do delito, como o ponto de imputação da pena, o Direito Civil, pelo contrário, tem um interesse capital em alargar a imputação da ilicitude ... Essa necessidade de dilatar a responsabilidade, além dos limites do agente do ato danoso, já os romanos o sentiam, embora não com a nitidez e com a flexibilidade da dogmática moderna, e, por isso, talvez, é que surgiu, no Direito Romano, aquela atormentada figura dos quasi-delicta. Não se sabe, ao certo, qual era o critério que os juristas romanos tomavam para considerar certas ações como delicta, outras, como quasi-delicta. Mas, o que parece mais certo, é que nos quasi-delicta iam principalmente os casos de responsabilidade indireta, os casos em que se queria responsabilizar, não o causador do malefício, mas alguém que estivesse por trás do causador do malefício”. (46) Por fim, ainda é San Tiago Dantas quem ensina: os códigos modernos que ainda utilizam, como o Código de Napoleão, a nomenclatura romana - delicta e quasi-delicta - na verdade já estão tratando do ato ilícito. “ Eles conservam os nomes: delitos e quase-delitos, mas em vez de conceituarem um número determinado de delitos dão um conceito genérico que já é, de algum modo, um conceito de ato ilícito.” (47) A partir da Lex Aquilia, a jurisprudência romana fixou os conceitos de culpa e dano, indispensáveis à correta interpretação do delito, chamado dano injustamente causado, e de sua lei regulamentadora, os quais chegaram até nós, inalteráveis, sendo utilizados na configuração do ato ilícito. Eis como o Código Civil da Espanha, em seu artigo 1.902 descreve o ato ilícito: “ El que por acción o omisión causa daño a outro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. (48) O novo Código Civil Brasileiro, que é de 2002, ao dizer: “ Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado” ... Parece destacar o elemento dano em detrimentos do elemento culpa. (49)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A conceituação de solidariedade, como característica do grupo social; a sua classificação em mecânica e orgânica; a caracterização e classificação do direito em repressivo e restitutivo, e o relacionamento entre solidariedade mecânica e direito repressivo, e solidariedade orgânica e direito redistributivo foram construções teóricas de Durkheim que o projetaram entre os maiores nomes não só da Sociologia Geral, mas também da Sociologia Jurídica.
2. A decisão de misturar Direito com Sociologia, nesta ponencia, partiu da convicção de que juristas e sociólogos devem andar e trabalhar juntos, de mãos dadas, em cooperação, pois os trabalhos de uns beneficiam, em verdade, os trabalhos dos outros. O conhecimento profundo do fato social deve ter favorecido a Durkheim os estudos e pesquisas sobre o crime, assim como a

prática da Justiça Criminal favoreceu, por certo, a Gabriel Tarde, que era juiz, na elaboração de suas Leis da Imitação.

3. A sociedade primitiva, simples, homogênea, indiferenciada, se mantinha una, coesa, graças a uma consciência coletiva, fruto de sentimentos fortes que dominam a todos, abafando como que as consciências individuais. Por isso, nessa estrutura indiferenciada, os indivíduos eram todos iguais, como os anéis da minhoca, sem liberdade individual, sem personalidade. Assim, a norma, então existente, que era, ao mesmo tempo, moral, jurídica e religiosa, destinava-se a manter a solidariedade, que era mecânica, porque natural, informal e instantânea, punindo os desvios de comportamento. Por isso, o direito primitivo, como também o Direito Romano, era predominantemente repressivo.
4. A Lei das XII Tábuas aparece como um divisor de águas. De um lado, um direito arcaico, consuetudinário, formalista, religioso e exclusivista, e, do outro, um direito que começa a modernizar-se, provindo da *lex* e de outras fontes, preferindo o conteúdo à forma, perdendo sua religiosidade e quebrando o seu exclusivismo.
5. Quando a sociedade romana começou a modernizar-se – com papéis, coletividades, normas, valores e sanções diferentes – a solidariedade garantidora de sua unidade, deixa de ser mecânica e se torna orgânica. O todo passou a depender mais das partes. O indivíduo, a autonomia da vontade, a personalidade, o status individual passaram a ser mais importantes. O direito, então, mais secularizado e mais publicizado, vai ser menos repressivo e mais restitutivo, passando as obrigações a jorrarem mais dos contratos do que dos delitos. *Pacta sunt servanda*.
6. Prosseguindo esse desenvolvimento, da repressão para a restituição, os juristas modernos descobriram no delito privado - *damnum injuria datum* - a semente do ilícito civil ou do ato ilícito, pela interpretação que os juristas romanos fizeram de sua lei regulamentadora, a *Lex Aquilia*. Não se trata de uma volta ao privatismo arcaico. Antes, porém, de mais uma prova em favor da tese de Durkheim, de que o Direito evolui, marchando da repressão para a restituição.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOGARDUS, Emory S. **A Evolução do Pensamento Social**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

BONFANTE, Pietro – **Histoire du Droit Romain**. Paris: Sirey, 1928.

BURDESE, Alberto. **Manuale di Diritto Pubblico Romano**, 2ª ed., Torino: Utet, 1997.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. Coimbra: Almedina, 1979.

COULANGES, Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Hemus, 1975.

- CUVILLIER, Armand. **Manual de Sociologia**. 2ª. Ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1959.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DUVIGNAUD, Jean. **Durkheim**. Lisboa: Edições 70, 1982.
- GAUDEMET, Jean. **Institutions de l'Antiquité**. Paris: Sirey, 1982.
- GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**, 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MATOS PEIXOTO, José Carlos. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Haddad, 1960.
- MEIRA, Sílvio. **Lei das XII Tábuas**. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- _____. **Processo Civil Romano** 2ª. Ed., Belém: Farângola, s/d.
- MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**. Pamplona, Navarra: Jimenez Gil Editor, 1999.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, I. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- PARSONS, Talcott. **Social System**. New York: Macmillan, 1968.
- PINTO, Agerson Tabosa. **Direito Romano**. 2ª ed., Fortaleza: FA7, 2003.
- RASCÓN, César García. **Manual de Derecho Romano**, 2ª. Ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- ROSTOVTZEFF, M.. **História de Roma**. 5ª. Ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1983.
- SANTOS JUSTO, A. **Direito Privado Romano**, I, 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SMELSER, Neil J. (ed). **Sociology: an introduction**. New York: John Willey & Sons, 1967.

6 NOTAS EXPLICATIVAS

1. Vide, em CARBONNIER, JEAN – **Sociologia Jurídica (Sociologie Juridique)**, Coimbra, Almedina, 1979, p. 116, e em DUVIGNAUD, JEAN – Durkheim, (**Durkheim**), Lisboa, Edições 70, 1982, pp. 47-48, outros trabalhos de DURKHEIM, versando sobre temas jurídicos, principalmente de direito penal.

2. Os dados secundários da pesquisa de DURKHEIM foram extraídos de clássicos, que vão deste Aristóteles, Platão, Sêneca, Plínio, Darwin, Laplace, Montesquieu, Stuart Mill e Adam Smith até Garofalo, Lombroso, Comte, Spencer, Tarde, Morgan, Accarias, Aléxis de Tocqueville e Fustel de Coulanges.
3. “A solidariedade social... É um fenômeno totalmente moral, que, por si, não se presta à observação exata, nem, sobretudo à medida. Para proceder tanto a essa classificação quanto a essa comparação, é necessário portanto substituir o fato interno que nos escapa por um fato externo que o simbolize e estudar o primeiro através do segundo. Esse símbolo visível é o direito”. DURKHEIM, ÉMILE – **Da Divisão do Trabalho Social (De la Division du Travail Social)**, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 31.
4. Idem, ibidem, p. 36
5. “Essa palavra não significa que ela a solidariedade seja produzida por meios mecânicos e de modo artificial. Só a denominamos assim por analogia com a coesão que une entre si os elementos dos corpos brutos, em oposição à que faz a unidade dos corpos vivos. O que acaba de justificar essa denominação é que o vínculo que une assim o indivíduo à sociedade é de todo análogo ao que liga a coisa à pessoa. A consciência individual, considerada sob esse aspecto, é uma simples dependência do tipo coletivo e segue todos os movimentos, como o objeto possuído segue aqueles que seu proprietário lhe imprime”. DURKHEIM, ÉMILE, op. Cit., p. 107.
6. “La sanción es lo que consagra (del latín: sancire) la regla, lo que permite a esta permanecer sancta, es decir sagrada”. CUVILLIER, ARMAND – **Manual de Sociologia (Manuel de Sociologie)**, 2ª. Ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1959, pp. 392 – 393.
7. DURKHEIM, ÉMILE, ibidem, p. 43. “... Um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva”. Idem, ibidem, p. 51.
8. “Em Roma o ladrão devia não apenas restituir o objeto roubado, mas pagar, além disso, uma multa equivalente ao duplo ou ao quádruplo do valor deste”. DURKHEIM, ÉMILE, ibidem, p. 57.
9. FUSTEL DE COULANGES, DENIS – **A Cidade Antiga (La Cité Antique)**, São Paulo, Hemus, 1975, pp. 11-23.
10. DURKHEIM, ÉMILE, ibidem, p. 48.
11. PINTO, AGERSON TABOSA – **Direito Romano** 2ª ed., Fortaleza, FA7, 2003, pp. 43-44. “Assim BOGARDUS comentava esse primeiro estado da famosa lei de Comte: o raciocínio teológico conduz a uma organização militarista e monárquica, na qual figura Deus à testa da hierarquia, como rei dos reis e poderoso guerreiro, ao passo que os seres humanos são organizados através dos princípios militares. Reinaria a sanção divina. Embora expressada por líderes humanos, essa sanção não poderia ser questionada.” BOGARDUS, EMORY S. – **A Evolução do Pensamento Social (The Development of**

- Social Thought**), Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, 1º vol., p. 233). In Pinto, Agerson Tabosa, op. Cit., p. 43.
12. DURKHEIM, ÉMILE, op.cit., p. 48. “Desde a época da Lei das XII Tábuas, diz Mainz, os principais crimes e delitos estão constituídos: Durante dez gerações o rol dos crimes públicos só foi aumentado por algumas leis que punem o peculato, ... E, talvez, o plagium. Quanto aos delitos privados, só foram conhecidos dois novos: a rapina (actio bonorum vi raptorum) e o dano injustamente causado (damnum injuria datum). “ Idem, ibidem., p. 48
 13. BONFANTE, PIETRO – **Histoire du Droit Romain (Storia di Diritto Romano)**, I, Paris, Sirey, 1928, p. 165. “La distinction du jus publicum... Et du jus privatum ... Ne pouvait être, à l’origine, qu’une distinction de sphères diverses, mais jamais de choses essentiellement diferentes”. Idem, ibidem, p. 165
 14. MEIRA, SÍLVIO – **Lei das XII Tábuas**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961, pp. 210-212.
 15. MOMMSEN, TEODORO – **El Derecho Penal Romano**, I, tradução do alemão de Pedro Dorado Montero, Pamplona, Navarra, Jimenez Gil Editor, edição facsimilar, 1999, pp. 58-59.
 16. Idem, ibidem, p. 59
 17. Lei das XII Tábuas, VII, 11: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*: Se alguém arrancar membro de outrem, aplique-se-lhe a lei do taleão, a não ser, que haja acordo. Esse dispositivo, que prevê o talião, já marca um avanço, pois prefere a composição à vingança privada da vítima.
 18. Vide GIORDANI, MÁRIO CURTIS – **Direito Penal Romano**, 2ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp.95-109; MEIRA, SÍLVIO **Processo Civil Romano**, 2ª ed., Belém, Farangola, s/d, passim. E BURDESE, ALBERTO – **Manuale di Diritto Pubblico Romano**, 2ª. Ed., Torino, Utet, 1997, Cap. V – Diritto e Processo Criminale, pp. 225-263
 19. SANTOS JUSTO, ANTONIO – **Direito Privado Romano**, I, 2ª. Ed., Coimbra, Coimbra editora, 2003, p. 22.
 20. DURKHEIM, ÉMILE, op. Cit., p. 121. Gaudemet parece discordar de DURKHEIM quando observa que “*encore dans les XII Tables, qui témoignent cependant d’une laicisation déjà accusée du droit, on trouve des prescriptions d’objet religieux à coté de règles purement laïques. Les sanctions penales archaïques (sacratio, supplicium) avaient un caractère religieux et certains actes de droit ancien (confarreatio, sponsio, sacramentum) faisaient aussi appel à la religion*” . GAUDEMET, JEAN – **Institutions de l’ Antiquité** - 2. Éd, Paris, Sirey, 1982, p. 380.
 21. Idem, *Ibidem*, p. 121
 22. “O direito criminal já não ocupa todo o espaço. As regras que são sancionadas por penas e as que têm apenas sanções restitutivas são, desta vez, bem distintas umas das outras. O direito restitutivo desprende-se do direito repressivo,

- que o absorvia primitivamente; ele agora tem suas características próprias, sua constituição pessoal, sua individualidade”. DURKHEIM, ÉMILE, *ibidem*, p. 121. Comparando o Direito Romano com o direito hebreu, DURKHEIM acrescenta: “Não é possível enumerar todos os crimes religiosos que o Pentateuco distingue e reprime, enquanto o direito contratual, o direito de testar, a tutela, a adoção, previstas na Lei das XII Tábuas, são completamente desconhecidas no direito hebreu”. *Idem, ibidem*, pp. 117-119 e 447.
23. Vide PARSONS, TALCOTT – **Social System**, New York, Macmillan, 1968; SMELSER, NEIL J. – “**Processes of Social Change**”, in SMELSER NEIL J.(ed) – *Sociology: an Introduction*, New York, John Willey & Sons, 1967, pp. 667-728.
 24. Não se podia pertencer, ao mesmo tempo, a duas famílias, quando a filha se casava, deixava a família do pai e passava a pertencer à família do marido.
 25. “A *civitas* era xenófoba, como, em regra, toda cidade antiga” MATOS PEIXOTO, JOSÉ CARLOS – **Curso de Direito Romano**, Rio de Janeiro, Haddad, 1960. P. 247
 26. Entre as mais utilizadas variáveis de padrão de *Parsons*, para medir o grau de modernidade ou atraso das instituições estão: o universalismo *versus* particularismo, a especificidade *versus* difusão e a realização (*achievement*) *versus* condição pessoal (*adscriptio*).
 27. D., 1,1,1,2, ULPIANO.
 28. DURKHEIM, ÉMILE – *op. Cit.*, p. 37
 29. *Idem, ibidem*, p.37
 30. *Idem, ibidem*, p. 87
 31. *Idem, ibidem*, pp. 108-109
 32. *Idem, ibidem*, p. 108
 33. Já antes de Cristo, a distinção se firmara não só entre os jurisconsultos, mas também entre os literatos. O plural do verso de VIRGÍLIO - *fas et jura sinunt* – isto é, o *fas* e o *jus* permitem, não teria nenhum efeito se as palavras fossem sinônimas. Vide PINTO, AGERSON TABOSA – **Direito Romano**, *op. Cit.*, p. 44 – Merece transcrita, por sua clareza e precisão, a explicação de GUARINO, citada por MOREIRA ALVES, relativa ao surgimento da distinção entre *jus* e *fas*: “ Primitivamente, a vontade divina se manifestava não pelo *fas* (o que é lícito, pela religião, fazer) nas pelo *nefas* (o que não se pode fazer); posteriormente, os romanos concluíram que tudo o que não fosse nefas (proibido fazer) seria *fas* (permitido fazer). O *fas* , portanto, era a manifestação da vontade humana, delimitada pelo *nefas* (exteriorização do querer dos deuses) e é da evolução do conceito de *fas* que vai surgir, mais tarde, *jus*, quando, então, *fas* passa a significar direito sagrado, e *jus*, direito profano” . MOREIRA ALVES, JOSÉ CARLOS, **Direito Romano**, I, 5ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 91

34. *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistunt*. D. 1,1,1,2, ULPIANO.
35. Já época de CICERO, informa ROSTOVTZEFF, “Roma era ... Um grande centro de comércio e servia também como centro de troca para todo o mundo. Grandes negócios eram concluídos no *forum*, como, por exemplo, o suprimento de cereais para Roma e a exportação italiana de azeite e vinho”. ROSTOVTZEFF, M – **História de Roma (Rome)** 5ª. Ed., Rio de Janeiro, Zahar, 1983, pp. 154-155.
36. CICERO, MARCUS TULLIUS, *De Officiis*, I, 34.
37. MEIRA, SÍLVIO – **Lei das XII Tábuas**, op. Cit., p. 211
38. “Não há como duvidar de que o processo civil, constante das três primeiras tábuas, deve ser entendido como *jus publicum*. O processo é o meio de aplicação do direito pelo poder estatal. Na lei decenviral os magistrados o exerciam, embora com resquícios da justiça privada. Esses magistrados eram peças da máquina governamental. Utrapassavam já os romanos a fase da justiça privada, paulatinamente substituída pela justiça pública”. MEIRA, SÍLVIO, *ibidem*, p. 215.
39. DURKHEIM, ÉMILE, *op. Cit.*, p. 65, “El hecho ilícito o delito civil.
40. MEIRA, SÍLVIO, **Lei das XII Tábuas**, op. Cit., p. 211
41. IGLESIAS diz que “El Derecho Romano no conoce el delictum, como categoria general e abstracta, sino particulares delicta”, nem também a categoria dos quase-delitos, mas somente determinados quase-delitos, considerando as obrigações oriundas de uns e de outros como obrigações derivadas de atos ilícitos. IGLESIAS, JUAN – **Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado**, v. II, Barcelona, Ariel, 1953. P. 124.
42. RASCÓN, CÉSAR GARCÍA – **Manual de Derecho Romano**, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 221.
43. DANTAS, SAN TIAGO – **Programa de Direito Civil**, 2ª. Tiragem, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, p. 343
44. *Idem, ibidem*, p. 348
45. *Vide Digesto*, 9,2; e I., 4,3
46. DANTAS, SAN TIAGO *Idem, ibidem*, p. 349
47. *Idem, ibidem*, p. 351
48. Espanha – **Código Civil**, Madrid, Editorial Civitas ... P. 508
49. Brasil – **Código Civil Comparado**, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 232-233. A nós nos parece que a definição do Código Civil anterior era mais precisa e completa: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. *Idem, ibidem*, pp. 47-48.

CRIMINAL LAW AND MODERNIZATION

Abstract: Durkheim, one of the founders of Juridical Sociology, developed the concept that Law naturally evolves from repressive law to restitution law. It is thus questioned whether criminal law preceded civil law, as defined nowadays. Based on Rome's Lex Aquilia, modern thinkers have concluded that *damnum injuria datum* is the origin for tort, as understood at present, confirming Durkheim's thesis.

Keywords: Sociology. Criminal Law. Durkheim. Punishment.

Execução Provisória de Sentença Condenatória Recorrível

PAULO QUEZADO

Bacharel em Direito pela UFC. Advogado.

pauloquezado@pauloquezado.com.br

Sumário: 1) Introdução; 2) A Constituição como limite ao exercício do poder do estado; 3) A liberdade como regra e a prisão como medida excepcional: pilastras do estado democrático de Direito; 4) A harmonia da LEP com a CF; 5) A execução provisória da sentença condenatória recorrível na visão do STJ e do STF; 6) Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Dando continuidade ao nosso projeto de comentários aos principais temas da seara penal e em respeito aos caros operadores do Direito, cujas observações críticas têm nos ensinado mais e mais e enriquecido o debate, traçaremos aqui algumas linhas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a *execução provisória de sentença condenatória recorrível*. Note que este estudo não se restringe à execução provisória da pena de prisão, mas a qualquer espécie de pena proferida em sede de condenação recorrível.

Sendo assim, salta-nos de imediato a pergunta: é possível em pleno avanço do Estado Democrático de Direito, inclusive numa época em que se intensificam os debates sobre democracia participativa, Constituição dirigente, enfim, tempos em que os valores jurídicos são teorizados com tanta ênfase em prol do estritamente humano, até mesmo na tentativa de reformatar nossa memória quanto às restrições indevidas aos direitos fundamentais no Estado de exceção que vivemos em tempos idos, conceber a execução de uma sentença condenatória antes de transitar em julgado?

Bem, para que o leitor saiba desde já o curso que tomará este ensaio, deixamos de logo expressa nossa resposta à indagação acima: não, não concebemos, perante

os valores protegidos constitucionalmente nesta etapa da história jurídica do País, que alguém possa ser punido em razão de decisão judicial ainda passível de reforma.

Temos que não seja justo restringir-se a liberdade de alguém, valor extremamente caro ao sistema de garantias constitucionais e verdadeira pilastra da ordem jurídica vigente, ou executar qualquer tipo de pena contra alguém, quando nem mesmo a Justiça tem como verdade imutável uma condenação realizada tão-só por primeira instância. O próprio fundamento de existência das armas recursais – a falibilidade humana – ratifica nossa afirmação. Aliás, considera-se um truísmo a máxima: *errar é humano*. Enfim, verdade advinda da própria condição humana.

No entanto, neste instante, não é por caminho metajurídico que pretendemos expor nossas idéias, quem sabe em outro estudo, mas pela ótica do direito positivo, estudaremos a constitucionalidade e a legalidade da execução provisória da sentença condenatória recorrível.

Oportuno chamarmos a atenção do leitor para o fato de que se aguarda decisão do Plenário do STF sobre a execução provisória da *pena privativa de liberdade* (Reclamação 2391 MC/PR, Informativo nº 334). Por outro lado, já há orientações do STF entendendo pela inadmissibilidade da execução provisória da sentença condenatória à *pena restritiva de direitos*.¹

Analisemos, portanto, algumas premissas que nos levam a entender que sentença condenatória recorrível, seja qual for a pena, não pode ser executada provisoriamente.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE AO EXERCÍCIO DO PODER DO ESTADO

O direito deve ser exercido em prol do homem. JESUS CRISTO, certa feita, questionado pelos religiosos de sua época porque permitia que seus discípulos colhessem espigas no sábado, dia em que o judaísmo impunha proibição ao trabalho, afirmou, tendo em vista o estado de necessidade de seus seguidores naquele momento, que a lei foi feita para o homem e não o contrário. No entanto, conforme relata a história do direito, a prática nem sempre se aliou à teoria. Tanto que GERALDO ATALIBA chega a dizer que o “Direito se ensina praticamente por obras mais que por palavras. Não que estas não sejam necessárias, mas só são fecundas – como a pregação evangélica – se secundadas por gestos”².

O contraposto desse ideal deu-se, na história da humanidade, sempre pelo excesso no exercício do poder estatal. Aliás, como já foi dito, por outras palavras,

¹ HCs 84.741/RS, 85.289/SP, 84.104/DF, 84.087/RJ, 88.413/MG, 83.415/SP e 83.173/SP.

² República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 17.

o poder traz consigo o germe do arbítrio. A deflagração do movimento constitucionalista (séc. XVIII) foi justamente a luta para por balizas ao pretenso poder ilimitado do monarca, frente aos direitos à liberdade e à propriedade. A partir da revolução francesa, a idéia é a Constituição como limite à atuação do Estado junto à sociedade. Dali em diante, o Estado é de direito.

Esse pressuposto histórico, que fazemos em brevíssima síntese, é de imprescindível importância a todo o entendimento do Direito, pois o paradigma hermenêutico agora é outro: toda norma jurídica deve ser criada, interpretada e executada em prol do novo titular do poder: o povo, ou, *mutatis mutandis*, na ótica do direito penal, o réu. A frase de Luís XIV (o Estado sou Eu) é hoje de inconcebível pronúncia por um governante, no Estado de Direito. O que ficou consagrado na Constituição brasileira de 1988, ao dispor que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º).

Aliás, no que respeita ao tema *prisão*, o constituinte não poupou tinta para resguardar a dignidade do preso, pondo sempre a privação da liberdade como medida excepcional. Senão vejamos:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

“LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”;

“LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”;

“LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”;

“LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”;

“LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”;

“LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”;

“LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”;

“LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”;

“LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”.

Logo, qualquer interpretação que ponha como regra a restrição do exercício dos direitos fundamentais não goza de legitimidade na presente ordem jurídica constitucional. Por essa razão inicial, não concordamos quando determinadas decisões, como a proferida pelo STF no HC 80.174-9/SP, entre muitas outras, asseveram ser exceção o recurso em liberdade, sendo regra o recolhimento do condenado à prisão para ser admitida a apelação.

Repitamos mais uma vez: a restrição dos direitos fundamentais é medida de total excepcionalidade no Estado Democrático de Direito, que exige do legislador, do executor da orientação legal e do juiz, extrema cautela e rigor no exercício de seus trabalhos. Justamente por essa linha de interpretação é que ganha força a cautelaridade das prisões processuais.

3 A LIBERDADE COMO REGRA E A PRISÃO COMO MEDIDA EXCEPCIONAL: PILASTRAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por uma razão cronológica, abordaremos inicialmente o que dispôs a lei, sobre a execução provisória da sentença condenatória. O Código de Processo Penal, surgido com o Decreto-lei 3.689 de 1941, momento em que vigiam no País e no mundo (guerra mundial) valores completamente diferentes dos de agora, traz algumas regras sobre a matéria. *In verbis*:

“Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

“I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;” (grifamos).

Mais adiante, a Lei nº 5.941, de 22.11.1973, fez inserir no CPP a seguinte redação:

“Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (grifamos).

Evidentemente, que tais normas processuais devem ser lidas a partir dos princípios e normas constitucionais. A Constituição é que deve ditar a interpretação dos referidos artigos, purificando-os dos valores da época de sua criação. Ademais, como se sabe, qualquer norma infraconstitucional somente permanecerá como vigente e aplicável no sistema se passar pelo crivo da Carta Constitucional.

Assim, os arts. 393 I, e 594 do CPP devem ser entendidos, principalmente, a partir das seguintes normas constitucionais:

“LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

“LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;”

Portanto, *a priori*, ser tido como culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não significa obrigatoriamente ser preso, nem ser levado à prisão quer dizer, necessariamente, ser condenado. Isso porque defendemos que a pena *somente* poderá ser executada quando a sentença condenatória não puder mais ser reformada, tendo em vista o princípio da presunção de inocência, e que a única prisão permitida, antes do trânsito em julgado da sentença, é a prisão de caráter processual (preventiva, provisória, em flagrante, decorrente da decisão de pronúncia e em virtude de sentença condenatória recorrível) apoiada nos requisitos da medida cautelar, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Fora esta prisão, o condenado pode apelar em liberdade, direito que independe de seu histórico criminal.

Conforme a Súmula nº 9 do STJ, “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Só a título de esclarecimento, da legislação processual penal se pode inferir – e assim o faz toda a doutrina nacional - que há dois tipos de prisão: I) a **prisão penal** (*trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado*); II) a **prisão processual** (*trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos*). A prisão processual busca fundamento de existência no *periculum in mora* e no *fumus boni iuris*³.

Conforme Haroldo Serrano de Andrade:

“A fumaça do bom direito assenta-se nas fundadas suspeitas de autoria/participação do réu em fato delituoso, além da comprovada

³ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 244-45.

existência material do crime. Aqui, a efetiva plausibilidade do pedido acusatório é a “tônica”, a revelar a preocupação do ordenamento processual com a tutela da aparência ou com aquilo que se convencionou chamar de juízo de verossimilhança; o perigo da demora escora-se no binômio da necessidade-urgência, de modo que a inflição da medida deve mostrar-se como expediente absolutamente inadiável (urgente) e indispensável à preservação da ordem jurídica (necessário). Em síntese, a prisão processual só será materialmente constitucional, se for necessária e urgente para a garantia da paz social e fundada num mínimo de prova sobre a autoria de crime. Do contrário, ela não será admissível em nenhuma das suas formas, razão por que, se decretada, deverá ser prontamente relaxada pelo juiz (art. 5º, LXV)”⁴.

Interessante é que Capez sugere também, para a prisão processual, o título de *prisão provisória*, o que nos leva a pensar que o CPP apenas falou em *liberdade provisória*, que talvez seja justificável para sua época (1941), mas para os dias atuais, conforme falamos, a garantia dos direitos fundamentais é regra e não exceção. Logo, à luz dos valores constitucionais em vigor, se a prisão pode ser *provisória*, considera-se uma agressão aos direitos fundamentais qualificar a liberdade de *provisória*. Isso porque – ressalte-se - a liberdade é a regra, e a prisão é medida excepcional. Eugênio Pacelli, autor que vislumbrou tamanha impropriedade, escreveu:

“É por isso que estamos a afirmar que **o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade** – aqui referida no sentido *latu*, de responsabilidade penal – na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) refere-se à lei e não a uma razão cautelar específica.

“Com a Constituição Federal de 1988, duas conseqüências imediatas se fizeram sentir no âmago do sistema prisional, a saber: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de *inocência* de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente *fundamentada* e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

⁴ Prisão decorrente de condenação criminal recorrível: breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7284>>.

“A mudança é muito mais radical do que pode parecer a um primeiro momento e superficial exame”.

“E assim é porque o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, posto que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um *inocente*. E, mais, que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretação como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.”⁵ (Grifamos).

Corroborando o exposto em linhas pretéritas, isto é, de que a partir das premissas jurídicas do Estado de Direito toda compreensão de princípios e normas constitucionais deve ser realizada em prol do povo (réu, contribuinte etc) e não mais do monarca, e, no mesmo passo, alicerçando o atributo da *cautelaridade* da prisão provisória é que surge com a Ordem Constitucional de 1988 o *princípio da presunção de inocência*, ou como acharemos nos manuais de processo penal: princípio da inocência, estado de inocência, princípio da não-culpabilidade ou direito fundamental ao estado de inocência.⁶

Várias legislações seguem nesse sentido os passos do legislador constituinte (art. 5º, LVII), trazendo o princípio da inocência, como por exemplo: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 9º), a Declaração Americana de Direitos e Deveres (art. 26), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica, art. 8º), a qual o Brasil já aderiu em 1992. Não se pode olvidar que o estado de inocência, como qualquer outro princípio constitucional, goza apenas de presunção *relativa*, não impedindo que alguém seja indiciado ou preso provisoriamente, desde que se fundamentem os pressupostos cautelares da medida. O que não pode tomar a exceção pela regra.

Inclusive não vemos qualquer obstáculo - mas pelo contrário, total harmonia com os vetores da Carta Política – para excepcionar-se a presunção de inocência e dar cumprimento provisório à execução da pena tão-somente quando em benefício do réu, orientação esta já consolidada pelo STF na Súmula nº 716: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

⁵ Curso de processo penal. 3ª edição. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 490.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 16ª edição. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: ATLAS, 2004, p. 45.

Enfim, nomenclaturas à parte, importa saber que ninguém pode ser punido, perante o moderno sistema constitucional-penal, se ainda não se tornou imutável a sentença condenatória. Enquanto o sistema dispensar ao réu a possibilidade de recurso, não poderá ser considerado, na estrita acepção do termo, culpado, sendo privado de sua liberdade, salvo as situações excepcionais das prisões cautelares.

4 A HARMONIA DA LEP COM A CF

Conquanto de 1984, mas em total sintonia com o princípio do estado de inocência, vê-se a Lei de Execuções Penais. Por isso, trazemo-na em tópico à parte, ainda que em reforço de sua aplicação. A Lei nº 7.210, inclusive, tem sido fonte legislativa dos avanços das orientações do STF quanto à matéria em exame, referida demasiadamente no julgamento de vários *habeas corpus*.

Assim dispõe a LEP sobre a execução da sentença condenatória:

“Art. 105”. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

“Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

Notem que a letra do art. 147 da LEP é clara ao dispor que somente será aplicada a pena restritiva de direitos após o trânsito em julgado da sentença. Com base nesse dispositivo e na presunção de inocência, o STF tem deferido vários *habeas corpus* (HCs 84.741/RS, 85.289/SP, 84.104/DF, 84.087/RJ, 88.413/MG, 83.415/SP e 83.173/SP).

Não obstante, nos demais artigos também podemos extrair conclusões quanto à proibição do cumprimento provisório da sentença quando a pena for privativa de liberdade. Isso porque, conforme os arts. 105 e 107, o condenado não poderá ser recolhido à prisão sem que o juiz expeça a guia de recolhimento. E a guia de recolhimento, como diz o art. 105, somente poderá ser expedida após o trânsito em julgado da sentença. Logo, tanto a pena restritiva de direitos como a pena privativa de liberdade somente poderão ser executadas após o trânsito em julgado da sentença.

O STF, por sua 2ª Turma, deixou expresso na ementa do HC 85.886/RJ, do ano de 2005, que não há norma expressa que estabeleça ser o trânsito em julgado

condição para o início da execução de condenação. Todavia, ainda que se questione a interpretação que acabamos de dar aos arts. 105 e 107 da LEP, não é razoável que para o cumprimento da pena restritiva de direitos, onde não há prisão, aguarde-se obrigatoriamente o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas para a pena privativa de liberdade - liberdade como valor-mor do Estado de Direito e a prisão como exceção - não seja necessário essa premissa processual. No mínimo, caberia aqui o mecanismo integrativo da analogia *in bonam partem*, como solução sugerida àqueles que entendem que o sistema jurídico não traz norma expressa quando o assunto é cumprimento de pena privativa de liberdade antes de transitar em julgado a sentença condenatória.

5 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL NA VISÃO DO STJ E DO STF

Até há pouco tempo, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores apresentava orientações que, a nosso viso, destoavam por completo das premissas jurídicas do Estado moderno. Defendiam a prisão tão-só como conseqüência automática da sentença condenatória recorrível. Como o exemplo citado no início deste texto, acórdão do STF do ano de 2000, afirmou ser exceção o recurso em liberdade, sendo regra o recolhimento do condenado à prisão para ser admitida a apelação (HC nº 80.174-9/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa).

O STJ, por sua vez, abandonando uma linha de interpretação mais progressista e em sintonia com os princípios constitucionais, em junho de 2002, por sua 3ª Seção, retroagiu na história de seus julgados para firmar a seguinte orientação:

“Os recursos para os Tribunais Superiores (STF e STJ), ex vi art. 27 § 2º da Lei nº 8.038D 90, em regra, só tem efeito devolutivo, sendo legítima a execução provisória do julgado condenatório, com expedição, se for o caso, de mandado de prisão (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). A eventual limitação, fixada em primeiro grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o tribunal de segundo grau (Precedentes do Pretório Excelso)” (HC 13378D SP, Rel. pD acórdão Min. Felix Fischer, DJ de 26.03.2001). Ordem denegada (STJ, 3ª Seção, **HC nº 19.406/PR**, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca)

Ressalte-se, contudo, que o STF vem avançando, paulatinamente, em uma interpretação mais afinada com os valores constitucionais. Em vários *habeas corpus*, do ano de 2004 até o presente momento, não raras vezes, o Tribunal tem

concedido liberdade a réus condenados a pena privativa de liberdade e logo *convertida* em pena restritiva de direitos ou somente condenados a pena restritiva de direitos (HCs 84.741/RS, 85.289/SP, 84.104/DF, 84.087/RJ, 88.413/MG, 83.415/SP, 83.173/SP 84.677/RS, 85.886/RJ e 83.484).

Há que aguardarmos, portanto, o desfecho do julgamento de mérito da Reclamação 2.391-5/PR (Info. 334), em que será enfrentado diretamente a constitucionalidade da execução provisória de pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença. Fiquemos, para finalizar, com o voto do Min. Cezar Peluso, já prolatado nos autos da reclamação referida e transcrito no HC 88.413-0/MG, em que interpreta o inc. LVII do art. 5º da CF:

“Parece-me óbvio que essa disposição constitucional não é, como não o é norma constitucional alguma, mera recomendação, nem tomada teórica de posição do constituinte a respeito da natureza da condição processual do réu; ela não tem menos óbvio sentido prático. Embora alguns vejam, em tal norma, uma suposta presunção de inocência, parece-me lícito abstrair indagação a esse respeito, no sentido de saber se hospeda, ou não, presunção de inocência. Há autores, sobretudo na Itália, que a propósito de regra análoga sustentam não conter presunção alguma, nem de inocência, nem de culpabilidade, senão e apenas enunciado normativo de garantia contra possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou conseqüência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado de sentença condenatória. Em outras palavras, independente de saber se contém, ou não, alcance de presunção – pode-se até dizer que a presunção de inocência é só uma das decorrências ou consectários dessa garantia, projetando-se como tal, por exemplo, na distribuição do ônus da prova no processo, o certo é que essa cláusula garante ao réu, em causa criminal, não sofrer, até o trânsito em julgado da sentença, nenhuma sanção ou conseqüência jurídica danosa, cuja justificação normativa dependa do trânsito em julgado de sentença condenatória, que é o juízo definitivo de culpabilidade.

Temos, pois, aqui, o seguinte dilema, já posto pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: tirando-se as hipóteses de prisão em flagrante – a cujo respeito como modalidade de prisão cautelar, que é, não quero discorrer aqui, bastando estar prevista na Constituição – e de prisão preventiva, cuja finalidade básica é a tutela do processo, a possibilidade de alguém ser ou manter-se preso nos termos de ambas as normas invocadas na sentença não

vejo como qualificar-se senão como hipótese típica de execução provisória de sentença penal (recorrível) e que por isso mesmo ofende de modo direto a garantia do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, porque se está impondo àquele que, na forma da mesma Constituição, ainda não foi considerado culpado por sentença transitada em julgado, a mais grave das sanções, que é a privação de sua liberdade.

Parece-me que, além disso – como já salientado pelos Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE -, o que acentua a gravidade da interpretação da sentença é que as leis tratam de maneira penosamente invertida e desigual bens jurídicos que estão em posições hierárquicas distantes, ou seja, a lei subalterna não admite, na execução civil provisória, a qual tem só efeitos de caráter patrimonial e quase sempre reversíveis, a prática de atos de adjudicação ou de qualquer outra forma de alienação, ao passo que as duas normas penais aplicadas pela sentença permitiriam a imposição da sanção extrema e gravíssima da privação da liberdade, a qual é irreversível pela razão manifesta de que não há maneira de o sistema jurídico repará-la sequer mediante o expediente subrogatório da indenização (que aliás, não se sabe quando é paga). Esse tratamento normativo desigual, que castiga o réu com perda injusta e irreparável da liberdade física, agride o princípio da proporcionalidade, como variável da razoabilidade. Creio inconcebível que o sistema jurídico tolere essa incoerência de regulamentação desproporcional de conseqüências sancionatórias para valores jurídicos absolutamente díspares, atribuindo prudente proteção a bem jurídico que, diria, não é o mais valioso da vida, o patrimônio, e, na esfera penal, negando-o à liberdade do cidadão! Isso, para mim, ofende frontalmente, além da cláusula constitucional específica (art. 5º, LVII), o princípio da proporcionalidade, que veda toda sanção injustificável quando comparada com conseqüência prevista para hipótese mais grave em abstrato.

Considero, também, absurdo não menor que se possa extrair do preceito constitucional, por exemplo, a conseqüência – como já lembrado, na Turma, pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – de que estaria proibido lançar, antes do trânsito em julgado da sentença, o nome do réu no rol dos culpados, como se esta fosse a coisa mais importante do sistema jurídico. Como observou S. Exa., nunca se viu ou soube que alguém consultasse alguma vez tal livro! Seria esse, outro tipo gritante de desproporcionalidade: sustentar a

impossibilidade de manter o nome do réu no rol dos culpados, mas permitir que ele permaneça preso até que sobrevenha julgamento definitivo, o qual bem pode declará-lo inocente! “Nada haveria de razoável nessa desequilibrada ponderação normativa que de igual modo subverteria a escala de valores emergentes da Constituição”.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ANDRADE, Haroldo Serrano de. **Prisão decorrente de condenação criminal recorrível**: breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7284>>.

FERNANDO, Capez. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª ed. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004.

PROVISORY ENFORCEMENT OF JUDICIAL VERDICT SUBJECT TO APPEAL

Abstract: This text argues initially that freedom is the rule, according to Brazilian law. Consequently, incarceration is the exception and must be regarded with full caution. And even more when the judicial verdict has not yet reached its full validity, in order to be enforced. The text concludes that it is still awaited the final manifestation from Brazilian highest courts whether it is constitutional or not.

Keywords: Constitution. Judicial verdict. Appeal. Incarceration.

Da Vedação ao Tratamento Desumano e Degradante no Direito Brasileiro

IONILTON PEREIRA DO VALE

Mestre em Direito pela UFC. Promotor de Justiça. Professor de Direito Processual Penal na FA7.

ionilton@uol.com.br

Sumário: 1) Introdução; 2) A dignidade da pessoa humana - considerações gerais; 3) A honra e sua proteção. Limites objetivos e subjetivos da honra; 4) Assédio moral e assédio sexual como forma de tratamento desumano e degradante; 5) Indenização por danos morais; 6) Considerações finais; 7) Referências bibliográficas.

Resumo: Importante corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação ao tratamento desumano e degradante é importante passo dado pelo legislador constituinte na concretização dos direitos fundamentais. Constitui em direito fundamental de primeira geração que, embora de conteúdo negativo, impõe por parte do legislador e do Poder Judiciário, guardião dos direitos fundamentais, a efetiva vigilância e prestação, coibindo-se qualquer atentado ao *status dignitatis* do cidadão, tendo em vista a realização e implementação do princípio da igualdade material.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Tratamento desumano e degradante. Honra-decoro. Honra-dignidade. Indenização. Assédio moral. Assédio sexual.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV), realçando o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram vida humana como dimensão

imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. No plano penal, a lesão à honra e dignidade, pode acarretar a abertura de ação criminal de natureza privada.

Consoante preleciona o artigo 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Tratamento desumano é aquele que contraria a própria natureza humana. Consoante a definição dos léxicos a palavra humano tem o sentido daquilo que é bondoso ou humanitário. Por seu turno degradante tem o significado daquilo que é aviltante, infamante e degradador (Dicionário Aurélio Século XXI).

Portador de uma imagem e autoconsciente de sua própria dignidade, o homem deve ter um tratamento compatível com seu *status dignitates*, prevendo a lei diversas cominações e sanções, inclusive penais, como é o caso do tratamento constitucional da tortura¹, dos crimes contra a honra, calúnia, injúria e difamação², da injúria real³, resultando sanções também de natureza civil, como prevê a Constituição em seu artigo 5º, inciso V, que prevê indenização por dano moral, material ou à imagem. Trata-se de norma auto-aplicável com incidência inclusive na novel legislação civil que também prevê a indenização nos casos de crimes contra a honra⁴. Por seu turno, a lei 5.250, de setembro de 1967, regula a manifestação do pensamento.

Interessante e escorreita decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do uso de algemas decidiu, sendo relatora a Ministra Carmem Lúcia, inexistir motivos para o uso de algemas, quando não tenha presentes as suas finalidades: a) impedir a fuga do acusado; b) evitar que o preso agrida outras pessoas ou a si mesmo⁵.

¹ Lei 9.455 de 7 de abril de 1997.

² Artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.

³ Artigo 139 § 2º do Código Penal.

⁴ Artigo 953 do Código Civil.

⁵ "A Turma deferiu habeas corpus em que Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia denunciado, com terceiros, com base em investigações procedidas na denominada 'Operação Dominó' pleiteava fosse a ele garantido o direito de não ser algemado e nem exposto à exibição para as câmeras da imprensa. (...) No tocante à necessidade ou não do uso de algemas, aduziu-se que esta matéria não é tratada, específica e expressamente, nos códigos Penal e de Processo Penal vigentes. Entretanto, salientou-se que a Lei de Execução Penal (art. 199) determina que o emprego de algema seja regulamentado por decreto federal, o que ainda não ocorreu. Afirmou-se que, não obstante a omissão legislativa, a utilização de algemas não pode ser arbitrária, uma vez que a forma juridicamente válida do seu uso pode ser inferida a partir da interpretação dos princípios jurídicos vigentes, especialmente o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Citaram-se, ainda, algumas normas que sinalizam hipóteses em que aquela poderá ser usada (CPP, artigos 284 e 292; CF, art. 5º, incisos III, parte final e X; as regras jurídicas que tratam de prisioneiros adotadas pela ONU, n. 33; o Pacto de San José da Costa Rica, art. 5º, 2). Entendeu-se, pois, que a prisão não é espetáculo e que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional e que deve ser adotado nos casos e com as finalidades seguintes: a) para impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. Concluiu-se que, no caso, não haveria motivo para a utilização de algemas, já que o paciente não demonstrara reação violenta ou inaceitação das providências policiais. Ordem concedida para determinar às autoridades tidas por coatoras que se abstenham de fazer uso de algemas no paciente, a não ser em caso de reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediata e motivadamente comunicado ao STF." (HC 89.429, Rel. Min. Carmem Lúcia, Informativo 437)

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

O evoluir das lutas sociais contra o arbítrio do soberano foi, historicamente, desenvolvendo o conceito de dignidade humana, e, juntamente com este, os conceitos de igualdade, liberdade e fraternidade.

A longa evolução histórica, de transformações sociais e religiosas, contribuiu para o reconhecimento da dignidade do homem, e de sua positivação em diversos documentos espaçados pelo tempo e espaço.

Infere-se, portanto, na história, em inúmeros documentos consagradores de direitos fundamentais, a elegia à dignidade do homem, no que foi seguido pela atual constituição em seu art. 1º, inciso III.

O primeiro documento dessa natureza foi uma lista de direitos que o Rei Afonso IX concedeu em 1188, às cortes parlamentares de representação corporativa do reino de Espanha. Nesse documento se encontram, por exemplo, o direito do acusado ao ordenamento regular do Processo, o direito à integridade da vida, honra, casa e propriedade⁶.

Posteriormente, o princípio da dignidade humana foi se incorporando às diversas constituições, constituindo-se em cláusula pétrea e fundamento dos estados democráticos, sendo a República Federal da Alemanha a primeira nação a agasalhar o princípio, em sua “Lex Fundamentalis”, que incorporou um núcleo intocável de direitos fundamentais e humanos: eles são garantidos pela Constituição. É o que preleciona o artigo primeiro: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação de todo poder Público”.

Analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em interessante decisão em controle concentrado de constitucionalidade decidiu que, embora constitucional a pena de prisão perpétua imposta ao condenado, ante o atual estágio científico do conhecimento deve haver conciliação da execução com a dignidade humana que, em princípio, deve dar ao condenado alguma chance de um dia voltar à liberdade, não sendo suficiente a possibilidade de indulto⁷.

O Supremo Tribunal Federal em idêntica decisão, sendo relator o eminente ministro Marco Aurélio, entendeu que “a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita

⁶ MALUSCHKE, Günter. Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos, p.54.

⁷ Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, pg. 181.

com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90⁸”. Referida decisão teve como elemento norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, alterando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema⁹.

Na atualidade, pauta a tendência dos ordenamentos ao reconhecimento do ser humano como centro e o fim do direito. Esta inclinação foi reforçada após a segunda Guerra Mundial, ante as atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, encontrando-se plasmada a título de valor, nos Estados que adotam o modelo Democrático de Direito.

Atento às transformações mundiais, o Supremo Tribunal Federal inadmite a divisão de raças formada do núcleo do pensamento social nacionalista, em que prevalece a superioridade da raça ariana em detrimento dos judeus, paradigma da ideologia que levou ao extermínio e ao holocausto de seus cidadãos¹⁰.

A Constituição Italiana, de 27 de dezembro de 1947, deu guarida ao princípio em seu artigo 3º, quando afirmou: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Nessa linha, a Constituição Portuguesa, promulgada em 1976, acentua em seu artigo 1º princípio inerente aos direitos fundamentais:

“Portugal é uma República soberana, baseada entre outros valores na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre”. Da mesma forma, a constituição da Espanha, advinda da derrocada do franquismo, assim a expressa: “A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da

⁸ RHC 88997 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 08/08/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 01-09-2006.

⁹ HC 88904 / SP – SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 15/08/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 01-09-2006.

¹⁰ "Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País." (HC 82.424-QO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04)

personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social”.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, assim como a Declaração dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU em 1948.

O artigo 1º daquela declaração dispõe no sentido de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado em São José da Costa Rica, em 22.11.1969, integra hoje o sistema constitucional brasileiro. Sua aprovação pelo Brasil se deu pelo Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, que levou à sua ratificação pela Carta de adesão de 25.09.1992, vindo finalmente a ser incorporada ao direito interno pelo Decreto 678, de 06.11.1992, que determinou seu integral cumprimento. Assim dispõe em seu artigo 11, Proteção da honra e da dignidade:

- “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
- “3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

A Convenção Européia não só declara o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência (art. 9º, n.1), mas ainda veda expressamente ingerências da autoridade pública no exercício desses direitos, salvo previsão legal e necessidade para a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (art. 9º, n. 2).

A Constituição brasileira de 1988, no rol dos direitos individuais, no seu art. 5º trouxe a lume importantes exigências que o Estado, no desenrolar de sua função punitiva, há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

3 A HONRA E SUA PROTEÇÃO. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA HONRA

A proteção da honra sempre mereceu destaque por parte dos povos primitivos. O Código de Manu, por exemplo, cominava sanções rigorosas para as

imputações difamatórias (v.g. penas de corte de língua, estilete de ferro em brasa, óleo fervendo pela boca e pagamento de multas). Em Roma, a honra era considerada como um direito público dos cidadãos, de modo que todos os fatos ofensivos a esse direito inseriam-se na noção ampla de injúria, que compreendia qualquer lesão voluntária e ilegítima à personalidade, em seus três aspectos: corpo, condição jurídica e honra.

A autonomia dos delitos contra a honra foi alcançada apenas em data recente. O Código Penal francês foi o responsável por elaborar, pela primeira vez, a distinção entre calúnia e injúria, significando aquela a imputação de fato delituoso ou difama-tório falso ou não comprovado verdadeiro; e esta a expressão de caráter ultrajante. Posteriormente, através de uma lei de 17 de maio de 1819, substituiu-se o termo calúnia por *difamação* e aboliu-se o requisito da falsidade do fato imputado. A legislação passou então a albergar duas espécies de ofensas à honra: a injúria e a difamação. A determinação do fato atribuído distinguia a difamação da injúria: enquanto a difamação consistia na imputação de fato determinado lesivo à honra ou à reputação de uma pessoa ou de uma instituição, a injúria compreendia toda expressão ultrajante ou de desprezo dirigida a outrem¹¹.

A doutrina penal divide a honra em honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Divide-se ainda a honra subjetiva em honra-dignidade e honra-decoro. Honra-dignidade é o conjunto de atributos morais do cidadão, honra-decoro é o conjunto de atributos físicos e intelectuais da pessoa¹².

4 ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL COMO FORMA DE TRATAMENTO DESUMANO E DEGRADANTE

O tratamento desumano e degradante é óbice para o desenvolvimento pleno da personalidade, uma vez que esta implica liberdade de ação, tendo em vista que envolve a autodeterminação, a autoconservação e a auto-exposição.

Trata-se da esfera íntima do indivíduo que não pode ser desrespeitada sob pena de ferir-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um exemplo de tratamento extremamente degradante foi fornecido por Hannah Arendt, quando relata o depoimento de um prisioneiro dos campos de concentração:

¹¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Volume 2, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004, p.234.

¹² JESUS, Damásio E. Direito Penal. Volume 2. Editora Saraiva. São Paulo. 2004, p. 202.

“Grande parte do trabalho imposto nos campos de concentração era inútil; ou era supérfluo ou era tão mal planejado que tinha de ser feito duas ou três vezes. Os novos prisioneiros eram forçados a fazer tarefas idiotas, e sentiam-se degradados e preferiam trabalho mais pesado que produzisse alguma coisa de útil¹³”.

E arremata:

“Grande parte do tratamento imposto nos campos de concentração somente pôde acontecer porque os Direitos do Homem, apenas formulados, mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados, mas nunca politicamente garantidos, perderam em sua forma tradicional toda a validade¹⁴”.

Outras formas de tratamento degradante, além da própria tortura, são o assédio moral e o assédio sexual.

O assédio moral é conhecido na Itália, Alemanha e países escandinavos como *mobbing*; na Inglaterra e Estados Unidos como *bullying*; no Japão como *ijime*, nos países de língua espanhola como *acoso moral ou acoso psicológico*; e simplesmente assédio moral aqui no Brasil.

Caracteriza-se, segundo a doutrina, pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o pacto da tolerância e do silêncio no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, perdendo sua auto-estima.¹⁵

Trata-se de tratamento degradante, que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode, entre outras conseqüências, trazer para a vítima uma situação sem precedentes, abalando-lhe o ânimo e retirando-lhe a auto-estima. Enumera Marie-France Hirigoyen as seguintes conseqüências do assédio moral:

¹³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Companhia das Letras. 2000. São Paulo. P. 495.

¹⁴ ARENDT, Hannah. Ob. cit. P. 498.

¹⁵ GUEDES, Márcia Novaes. **Assédio Moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: Revista da Amatra II, Dezembro de 2003, p. 38.

“– Retirar da vítima autonomia. – Não lhe transmitir mais as informações úteis para a realização de tarefas. – Contestar sistematicamente todas as suas decisões. – Criticar seu trabalho de forma injusta ou exagerada. – Privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador. – Retirar o trabalho que normalmente lhe compete. – Dar-lhe permanentemente novas tarefas. – Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas inferiores às suas competências. – Pressioná-la para que não faça valer seus direitos (férias, horários, prêmios). – Agir de modo a impedir que obtenha promoção. – Atribuir à vítima, contra a vontade dela, trabalhos perigosos. – Atribuir à vítima tarefas incompatíveis com sua saúde. – Causar danos em seu local de trabalho. – Dar-lhe deliberadamente instruções impossíveis de executar. – Não levar em conta recomendações de ordem médica indicadas pelo médico do trabalho. – Induzir a vítima ao erro. 2. Isolamento e recusa de comunicação. – A vítima é interrompida constantemente. – Superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima. – A comunicação com ela é unicamente por escrito. – Recusam todo o contato com ela, mesmo o visual. – É posta separada dos outros. – Ignoram sua presença, dirigindo-se apenas aos outros. – Proíbem os colegas de lhe falar. – Já não a deixam falar com ninguém. – A direção recusa qualquer pedido de entrevista. 3. Atentado contra a dignidade. – Utilizam insinuações desdenhosas para qualificá-la. – Fazem gestos de desprezo diante dela (suspiros, olhares desdenhosos, levantar de ombros...). – É desacreditada diante dos colegas, superiores ou subordinados. – Espalham rumores a seu respeito. – Atribuem-lhe problemas psicológicos (dizem que é doente mental). – Zombam de suas deficiências físicas ou de seu aspecto físico; é imitada ou caricaturada. – Criticam sua vida privada. – Zombam de suas origens ou nacionalidade. – Implicam com suas crenças religiosas ou convicções políticas. – Atribuem-lhe tarefas humilhantes. – É injuriada com termos obscenos ou degradantes. 4. Violência verbal, física ou sexual - Ameaças de violência física. – Agridem-na fisicamente, mesmo que de leve, é empurrada, fecham-lhe a porta na cara. – Falam com ela aos gritos. – Invadem sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas. – Seguem-na na rua, é espionada diante do domicílio. – Fazem estragos em seu automóvel. – É assediada ou agredida sexualmente (gestos ou propostas). – Não levam em conta seus problemas de saúde.”¹⁶

¹⁶ HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 108.

Juntamente com o assédio moral temos o assédio sexual. Este, por seu turno, se caracteriza como a conduta de “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função¹⁷”.

A doutrina especializada tem classificado o assédio sexual em duas espécies, com características diferenciais bem marcantes, que são o “assédio sexual por chantagem” e o “assédio sexual por intimidação¹⁸”.

A primeira forma tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se à exigência feita por superior hierárquico (ou qualquer outra pessoa que exerça poder sobre a vítima), da prestação de “favores sexuais”, sob a ameaça de perda de benefícios ou, no caso da relação de emprego, do próprio posto de trabalho.

Já a segunda espécie, também chamada de “*assédio sexual ambiental*”, é aquela que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.

Tais condutas, como se infere, logicamente causam uma lesão moral ao indivíduo, propiciando-lhe uma indenização por danos morais.

5 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Não há, por certo uma lei que determine um quantum na indenização por danos morais, mas não há dúvida de que a lesão sofrida pelo ofendido representa a dor moral ou anímica representada pela ofensa, e esta deve ser quantificável¹⁹. Embora haja respeitáveis opiniões em contrário, admitindo que a indenização por dano moral proporcional ao agravo refere-se ao direito de resposta²⁰, entendemos que a proporcionalidade refere-se ao agravo, que deve ser aferida e arbitrada pelo Juiz.

Rui Stocco, estudioso da matéria, preleciona que se encontra pacificado o entendimento de que o dano moral é indenizável, afastadas as restrições, o preconceito, a má vontade que a doutrina pátria e alienígena impunham à tese ora

¹⁷ Artigo 216-A do Código Penal Brasileiro.

¹⁸ Barros, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503. Maiores informações podem ser obtidas no minucioso artigo de Jane Aeberhard-Hodges (“Womem Workers and the Courts” in “International Labour Review”, v. 135, nº 5, 1996).

¹⁹ “O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor. A perda de uma frásqueira contendo objetos pessoais, geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável.” (RE 387.014-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25/06/04)

²⁰ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. São Paulo. Editora Saraiva. 2005. p.214.

esposada. Com o advento da nova ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, a priori, antepor à indenização cumulada²¹. Referido ensinamento se coaduna com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²².

De igual forma é pacífico o entendimento, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de que a indenização por dano material não inviabiliza ou invalida a indenização por dano moral²³.

Consoante o ensinamento de Alexandre de Moraes, a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física seja em relação à pessoa jurídica, e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos e coletivos); mesmo porque são todos titulares dos direitos e garantias fundamentais, desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais²⁴. É de ressaltar, entretanto, que o dano moral da pessoa jurídica não alcança o nível constitucional a viabilizar a abertura da via extraordinária²⁵.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida de que os direitos fundamentais, mais que o seu reconhecimento, impõem a sua plena concretização. O tratamento desumano e degradante atenta contra a própria condição humana, cuja vocação natural e indeclinável é a própria evolução social e espiritual e moral, cômico de sua própria dignidade como sujeito ativo de seu próprio destino. A dignidade do homem, aliada a outros elementos como autoconsciência e autodeterminação devem ser, por parte dos poderes públicos, objeto de especial atenção, vinculando quer os poderes públicos, quer aos particulares, inobstante o silêncio da constituição.

Trata-se por evidente de norma auto-aplicável, independente de qualquer decisão por parte do poder público, tendo em vista que tem como escopo e proteção o próprio homem, e o faz dotado de dignidade especial.

²¹ STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.444.

²² "Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X." (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/06/02)

²³ "O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil." (RE 172.720, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21/02/97). No mesmo sentido: AI 196.379-AgR, DJ 24/04/98.

²⁴ Moraes, Alexandre. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo. Editora Atlas. 2003, p.59.

²⁵ "A possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais não alcança nível constitucional a viabilizar a abertura da via extraordinária." (RE 221.250-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 06/04/01)

Os direitos de personalidade, enfim, só encontram terreno fértil quando do respeito aos direitos fundamentais do homem.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro, 217:55-66, jul/set 1999.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. **A Evolução dos Direitos Humanos, avanços e perspectivas**. São Luiz (MA): EDUFMA, AAFMA, 1998.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

BICUDO, Hélio. **Direitos Humanos e sua Proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Política e Constituição. Os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CICCO, Cláudio de. **Kant e o Estado de Direito: O problema do fundamento da cidadania**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIREITOS HUMANOS: **Conquistas e desafios**. Brasília: Letra Viva, 1999.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MALUSCHKE, Günter. **Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos: Desafios da Ciência e da Prática**. 1ª ed, Fortaleza: Konrad Adenauer.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

**PROHIBITION OF INHUMAN AND DEGRADING
TREATMENT IN BRAZILIAN LAW**

Abstract: Considering human dignity, the prohibition of inhuman and degrading treatment is an important step to achieve this fundamental right. It is a right of first generation and imposes the state the task to avoid any attempt to the citizen *status dignitatis*, always envisaging the principle of material equality.

Keywords: Person's dignity. Inhuman and degrading treatment. Compensation. Sexual harassment. Moral harassment.

Os Elementos Éticos da Formação do Juiz Refletidos Nas suas Decisões

MARIA DE FÁTIMA AGUIAR GOULART

RIBEIRO NUNES MAIA

Aluna da FA7, orientada pelo prof. Élder Lacerda.

goulart.fatima@gmail.com

Sumário: Introdução; 1) Sobre os conceitos de direito, justiça, ética e valor; 2) A visão de justiça segundo Aristóteles, Sto. Tomás de Aquino, Immanuel Kant e J. Rawls; 3) O surgimento de um novo direito; 4) O acervo das experiências do julgador; 5) A herança cultural; 6) As matrizes familiares; 7) O ambiente escolar; 8) As leituras e os professores; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se de um trabalho através do qual pretende a aluna demonstrar a importância de uma boa formação ética dos juizes, tendo isso um objetivo maior, qual seja a aplicação da lei, dentro de um conceito de Justiça. Para tanto, recorre a autora à Filosofia, principalmente às lições de Aristóteles, Sto. Tomás de Aquino, Kant e J. Rawls, a fim de poder enumerar as qualidades que melhor irão definir o caráter de um bom juiz, quais sejam a sensibilidade, o desprendimento mas, e sobretudo, o amor à Justiça. Lembrando sempre tratar-se o aplicador do direito de um ser humano, dotado de grande poder, e tendo em vista deter ele a faculdade de decidir sobre os bens mais valiosos de seus semelhantes, quais sejam a liberdade e a vida, atenção especial foi dada ao fato de que os juizes, em tomando consciência desse poder, não o ultrapassem, ao contrário, revistam-se da humildade necessária para, se possível, se colocarem no lado mais carente, mais fraco. Dessa maneira, seguramente, poderão elaborar sentenças mais justas, contribuindo, desta feita, para a harmonia da sociedade para a qual foram destinados a servir.

Palavras-chave: Ética. Direito. Juiz. Decisões.

1 INTRODUÇÃO

Ao elaborarmos este trabalho tivemos como objetivo procurar demonstrar a importância da formação ética dos indivíduos e, conseqüentemente, a dos profissionais do direito, especialmente os juízes, por entendermos ser a ética um dos pilares mais importantes sobre os quais se constroem seres humanos excelentes.

Os métodos científicos utilizados foram o da revisão, que parte do conceito geral de ética para o conceito mais específico desta na aplicação de Direito; outro método foi o dialético, ao efetuarmos um debate entre os vários conceitos abordados.

Mencionamos como palavras-chaves deste trabalho: ética, direito, justiça, juízes e sentenças.

E, para nos situarmos hoje, em relação à ética, mister se faz nos debruçarmos sobre a história do Brasil, em especial a do Brasil República, quando verificamos a ocorrência de inúmeras crises institucionais, principalmente aquelas inerentes aos períodos em que vigoraram os chamados regimes ditatoriais, a ditadura de Getúlio e a ditadura militar de 1964, apesar de certas opiniões em sentido contrário; com efeito, há pontos positivos que podem ser assinalados, quiçá confirmando a regra de que nas obras humanas sempre se pode encontrar algo de valioso.

Ao terminar a ditadura militar de 1964, eis que o Brasil se encaminha na consecução de uma democracia sólida, a qual alcançou, embasada em instituições fortes, mas, lamentavelmente, com alguns mandatários que nem sempre estiveram à altura dos novos valores da nacionalidade, havendo momentos em que os responsáveis por estas instituições não demonstraram por elas o zelo e a competência que deveriam.

E isso se faz sentir, inúmeras vezes, em ocasiões em que a ética deveria ocupar posição de destaque na solução dos problemas postos, o que vem levando o povo brasileiro não só à desolação e à tristeza, mas até à desesperança.

E a propósito do que acabamos de afirmar, citamos o notável poeta Luís de Camões, na sua obra *Os Lusíadas*, Canto III, estrofe 138:

Que, vindo o Castelhana devastando
As terras sem defesa, esteve perto
De destruir-se o Reino totalmente,
Que um fraco Rei faz fraca a forte gente.

Verificamos, portanto, que não é uma crise de democracia que precisamos debelar, mas uma outra, tão grave quanto esta: a da moralidade.

E é com esse objetivo que se faz imprescindível um Poder Judiciário eficiente e imparcial, que permita a preservação das instituições democráticas, conseguidas com grandes sacrifícios, e ajude a minimizar a crise moral que sobre nós paira, acabando com a impunidade, ou melhor, aplicando as penalidades a quem as merece.

Tendo como norte o que afirmamos, nos motivamos a dissertar sobre o tema “Os Elementos Éticos da Formação do Juiz Refletidos nas suas Decisões”, pela convicção que temos de serem eles, além de outros, obviamente, os que nos poderão auxiliar a diminuir este problema que, no momento, aflige sobremaneira nossa sociedade.

Os romanos tinham uma frase terrível para estigmatizar o juiz que não fazia da sua função a atividade de realizar a Justiça; para eles, “*judez damnatur, ubi nocens absolvitur*” (o juiz é condenado onde o culpado é absolvido).

2 SOBRE OS CONCEITOS DE DIREITO, DE JUSTIÇA, DE ÉTICA E DE VALOR

Antes de iniciarmos, propriamente, o tema em sua essência, gostaríamos, face ao enfoque ético que pretendemos lhe dar, relacionar alguns conceitos, como: o Direito, a Justiça, a Ética e o Valor.

2.1. DIREITO

Em sentido geral e fundamental, o Direito é a técnica da coexistência humana, ou seja, a técnica voltada a tornar possível a coexistência entre os homens.

Nesse sentido, somente as sociedades humanas produzem a noção de Direito, ou seja, nas sociedades pré-humanas (as horas dos trogloditas) não se conhecia a idéia de Direito; como técnica, o Direito se concretiza em um conjunto de regras e têm essas regras como objeto o comportamento dos homens entre si e as suas múltiplas e variadas relações.

Quanto à validade do Direito, dispomos, na história do pensamento filosófico e jurídico, de quatro concepções:

(A) a que considera o Direito Positivo como fundado em um Direito Natural eterno, imutável e necessário;

(B) a que julga o Direito fundado na moral e o considera uma forma diminuída da moralidade;

(C) a que reduz o Direito à força, isto é, uma realidade histórica, politicamente organizada; e

(D) a que tem o Direito como técnica social.

2.2. JUSTIÇA

A justiça representa a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se adapta a esta ordem.

O conceito de Justiça pode distinguir dois principais significados: (a) aquele pelo qual a Justiça é a conformidade da conduta a uma norma; e (b) aquele pelo qual a justiça constitui a eficiência de uma norma, entendendo-se por eficiência de uma norma a medida de sua capacidade de tornar possíveis as relações entre os homens.

O conceito empregado por primeiro relaciona-se a julgar o comportamento humano ou a pessoa humana (e esta última com base em seu comportamento); o segundo significado é empregado para julgar as normas que regulam o próprio comportamento.

No primeiro significado, a justiça é a conformidade de um comportamento a uma norma, e, no âmbito deste significado, a polêmica filosófica, jurídica e política verte somente sobre a natureza da norma que é tomada em exame. Esta pode ser a norma da natureza, a norma divina ou a norma positiva.

O famoso filósofo grego Aristóteles tem estas palavras sobre a justiça:

Sendo que o transgressor da lei é injusto, enquanto que quem se conforma à lei é justo, é evidente que tudo aquilo que é conforme a lei é de qualquer forma justo; de fato as coisas estabelecidas pelo poder legislativo são conforme a lei e dizemos que cada uma delas é justa (Abbagnano, Nicola. Dicionário da Filosofia, p. 565).

De acordo com Aristóteles, portanto, a Justiça constitui-se uma virtude perfeita e inteira; inteira, por compreender todas as outras virtudes, e perfeita porque quem se utiliza da Justiça se utiliza não somente em relação a si mesmo, mas, e principalmente, em relação aos outros.

2.3. ÉTICA

Poder-se-ia dizer que Ética é a ciência da conduta e que há duas concepções sobre esta ciência:

1 – a que a considera como a ciência do fim, a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos meios de que se utiliza para atingir tais fins, e

2 – a que a define como sendo a ciência do móvel da conduta humana e que procura determinar tal móvel visando disciplinar essa mesma conduta.

Nessas duas concepções, a primeira delas nos diz do ideal a que o homem se dirige pela sua própria natureza, ou seja, da “natureza”, da “essência”, ou da substância do homem; a segunda nos ensina sobre os motivos da conduta humana.

Podem as referidas concepções eventualmente se confundir, pois é certo que ambas se constituem em uma definição do bem.

Entretanto, esta noção de bem, se mostra ambígua, porque o bem pode significar o que é (pelo fato de que é) ou o que é objeto de desejo. E estes significados, sim, aproximam-se das concepções já mencionadas.

2.4. VALOR

Desde que o mundo é mundo, valor indica a utilidade e o preço dos bens materiais, e a dignidade ou o mérito das pessoas.

Na filosofia, no entanto, este significado é de menor importância; valor, de acordo com o seu significado filosófico, indica qualquer objeto de preferência ou

de escolha, tendo este significado surgido com os filósofos estóicos que introduziram o termo “valor” no domínio da ética e chamaram os objetos de escolhas morais.

Assim se deu porque entendiam eles o bem em sentido subjetivo, e puderam considerar os bens e as suas relações hierárquicas como objetos de preferência ou de escolha.

3 A VISÃO DE JUSTIÇA SEGUNDO ARISTÓTELES, STO. TOMÁS DE AQUINO, IMMANUEL KANT E J. RAWLS

A justiça, os direitos e as liberdades de base garantem a todos as condições do desenvolvimento e do exercício de duas faculdades morais: o senso de justiça e a concepção do bem. (Frase de autoria de J. Rawls, citada em *Ética e Justiça*, 2003, p. 70).

Quando lemos Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Immanuel Kant e J.Rawls, apercebemo-nos da importância que detêm aqueles cuja função é aplicar a Lei e, conseqüentemente, decidem sobre a vida e a liberdade das pessoas.

3.1. ARISTÓTELES

Dentro de sua teoria finalista, ensina-nos que a Justiça é a alma da ética e da política e que não é ela somente um feixe de normas legais cegas, de aplicação inflexível. A justiça, a verdadeira justiça, sempre se adequa às necessidades e à história da humanidade. Ensina-nos Aristóteles, também, que a justiça para ser justa tem que estar submetida ao juízo prudencial do “sábio”, ou seja, do juiz.

É de nosso conhecimento que para qualificarmos um cidadão de “bom” ou “mau” não podemos avaliá-lo tão-somente pelo modo como cumpre a lei. Ele será bom ou mau, se detiver, ou não, em seu espírito, uma vontade permanentemente cultivada para cumprir seus deveres legais junto à sociedade de que faz parte. Ou seja, de acordo com o ponto de vista aristotélico, o cidadão bom acumula em sua alma muitas virtudes, mas é ao deter, principalmente, em sua alma a virtude da Justiça, que vale mais do que a lei, que ele poderá ser classificado de “bom”, porque a lei de nada vale se não for praticada por pessoas virtuosas.

É, pois, a virtude que ameniza o rigor muitas vezes exagerado da lei e é, também, a virtude que vai indicar o que seja justo em cada um dos inúmeros casos concretos sobre os quais o juiz tem que se deparar.

Vejamos, então, os ensinamentos tomistas, no que se referem à justiça.

3.2. STO. TOMÁS DE AQUINO

Para esse filósofo e teólogo do Cristianismo, a justiça é uma ponte que põe em contato a comunidade da fé com a sociedade política e que constitui o ponto nevrálgico da ética.

Uma das características que Sto. Tomás nos mostra, e que deveria caracterizar os que “governam” a Justiça, seria a humildade, tendo em vista a variedade da natureza e a fragilidade da condição humana. E, dentro desta concepção, citamos André Comte Sponville, que nos ensina que “a humildade é a virtude do homem que sabe não ser Deus.”

Afirma Sto. Tomás que a ordem jurídica e o Estado devem ater-se intensamente à ética, para que lhes seja possível a efetivação de um julgamento moral do Direito.

Num trabalho cujo objeto maior é a justiça e as suas relações com o Direito, o caráter daqueles que aplicam tanto um como o outro, ou seja, o caráter dos juízes, seria quase impossível não abordarmos o pensamento de Immanuel Kant a propósito desse assunto.

3.3. KANT

Para Kant, “o Direito é o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode unir-se ao arbítrio de outro, seguindo uma lei universal de liberdade”.

Para ele, igualmente, “justa é toda a ação que permite a liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade do outro, segundo uma lei universal”.

Essencial à harmonia da sociedade é a ética das normas que se constitui, segundo Immanuel Kant, em uma doutrina moral de elevadíssimo valor.

E, agora, para concluir o relato dos entendimentos que buscamos para utilizar neste trabalho, e que nos vão servir de base para o tema principal, faremos um breve comentário sobre J. Rawls.

3.4. J. RAWLS

Esse autor afirma ser a justiça não uma virtude, nem um direito, mas, antes de tudo, um princípio fundador de uma sociedade bem ordenada. Segundo ele, a importância da justiça não está nem nas instituições nem nas práticas sociais, mas está, isto sim, concentrada na distribuição das vantagens e dos ônus sociais.

4 O SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO

É fácil a constatação, hoje em dia, do surgimento de uma nova Ciência do Direito. Enquanto que num passado não muito remoto a preocupação jurisdicional se prendia exclusivamente à letra da lei, hoje verificamos que o Profissional da Lei, o Juiz, detém-se muito mais numa interpretação legal relativa à razoabilidade dessa lei, à justiça encerrada nessa lei. Enfim, detém-se, sobremaneira, no aspecto sócio-jurídico

das normas de que irá se utilizar para formular seus conceitos e elaborar suas decisões.

E observamos que, hodiernamente, a expressão tão usada “ao arrepio da lei” significa muito mais a ausência de sensibilidade do Juiz que, ao interpretar essa lei, deixou de observar o alcance social que há em sua essência, do que a anteriormente utilizada interpretação literal dessa lei.

Face à evolução do Direito, solicitando de seus profissionais além dos conhecimentos acadêmicos, teóricos, muito mais sensibilidade voltada para as necessidades de justiça das pessoas, procuramos tentar explicar e sugerir alguns procedimentos mediante os quais poderá ser possível a melhor adequação às necessidades de Justiça, no trabalho desses importantes aplicadores da Lei.

Pertinente citar novamente J. Rawls:

A Justiça, numa democracia de proprietários (ou de um regime socialista liberal), consiste em realizar uma sociedade como sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais (Ética e Justiça, 2003, p. 68).

Vivemos num mundo em que os bens são limitados e ilimitada é a ganância de cada indivíduo por esses bens. Daí a necessidade premente de um princípio que organize a distribuição desses valores dentro da comunidade. Pode-se dizer que a matriz dos conflitos (individuais e grupais, dentro da sociedade) é representada sobretudo pela escassez (ou limitação) dos bens em face da crescente demanda pela sua posse e uso, ao mesmo tempo, por uma pluralidade de indivíduos.

Por outro lado, são necessárias regras certas que propiciem uma ordem jurídica estável, pois só assim é possível acreditar que as relações sociais serão caracterizadas pela segurança.

Os Tribunais e as Cortes de Justiça só poderão ser respeitados quando os juízes que as constituem se utilizarem de suas ferramentas de trabalho, principalmente da lei e do Direito, para servirem e implementarem a Justiça.

E aprendemos das lições de Kant que essa Justiça a ser servida e implementada por esses juízes deverá ser, essencialmente, fundamentada no respeito e na autonomia de cada pessoa.

Esta evolução se faz necessária, mais ainda, na sociedade em que vivemos, formada por tantas gentes, de tantas feições diferentes, de carências imensuráveis, onde a inflexibilidade da lei, na maior parte das vezes, lhes será muito mais injusta do que a interpretação daquele juiz que, como verdadeiro servidor da lei, fará sempre reinar a justiça; vê-se, aqui, que há um conflito potencial entre as dicções da Lei e a sua interpretação socialmente valorada.

A evolução desejada, no nosso caso particular, seria, portanto, voltada para amenizar, dentro de um plano sócio-jurídico, as injustiças que, quase sempre em nome da instauração da moralidade e da lei, são dirigidas a esses que não têm

ninguém para defendê-los, a não ser aqueles que constituem o poder público, na maioria dos casos o Poder Judiciário.

5 O ACERVO DAS EXPERIÊNCIAS DO JULGADOR

Ao analisarmos detalhadamente as sentenças judiciais, quando efetivamos um estudo mais cuidadoso dessas sentenças, percebemos, e até podemos concluir, sobre as diretrizes de que o julgador lançou mão para elaborar o seu raciocínio.

Não existe dúvida de que é o Direito Positivo que vai influenciar a tarefa da produção ou da elaboração da sentença judicial, logicamente limitada ao quadro normativo disponível. Mas podemos afirmar, sem temer incidir em erro que, consciente ou inconscientemente, posturas prévias aconteceram às quais o juiz se filiou, sendo-lhes mais ou menos fiel.

A maior ou menor fidelidade do juiz a esses dados da ordem (ou do ordenamento jurídico) seguramente se radica no acervo de suas experiências anteriores, acumuladas no correr de sua vida, compondo-se das suas várias vivências prévias, dos dados de sua cultura formal (escolar) ou da cultura do lugar (ou classe social) de onde é ele originário.

É claro que são muitas as posições intelectuais possíveis a serem adotadas diante de um conflito concreto. Mas importa relatar, de saída, que essas posições assumem, no mínimo, duas formas conhecidas, máxime quando em um dos pólos da relação controvertida se acha o Poder Público:

- (a) a postura de “defesa do interesse público” e
- (b) a postura de “defesa do interesse individual”.

Revela essa dualidade de posturas, ou uma ou outra postura, qual seja a de que esses dois grupos de interesses estariam em contradição ou seriam de árdua conciliação — e isso já é uma parte da decisão que o juiz vai adotar.

Pode ser dito, portanto, que pareceria intuitiva e até mesmo inevitável a aplicação das idéias do juiz na realização dos julgamentos judiciais, tendo-se em conta que cada apreciação das razões deduzidas pelos litigantes envolverá sempre uma indispensável atitude crítica por parte do julgador, tanto para rejeitá-las, quanto para acolhê-las.

Essa crítica, que é própria e inexcluível de qualquer ato humano de julgar, é calcada diretamente nas convicções pessoais de quem o empreende, nutre-se de todas as suas experiências anteriores e dos conhecimentos que foi incorporando ao longo de sua existência, não apenas os conhecimentos teóricos, intelectuais ou acadêmicos, sem dúvida alguma enormemente relevantes, mas também os que lhe advieram de outras fontes, como as dos duros embates da vida e das suas adversidades, estas de inestimável valor.

Como se pode observar, até sem muita dificuldade, o saber humano passa, na evolução do processo aquisitivo do conhecimento, da fase da “admiração ingênua das coisas do mundo” (algo assim como a visão das crianças) ao “comportamento dogmático” (que aceita um mundo como dado ou completo) e, em seguida, “à atitude crítica” (a perspectiva do mundo a construir-se).

É claro que a percepção das coisas do mundo e a sua compreensão sofre evoluções e retrocessos, avanços e recuos, mas será possível afirmar que os conteúdos de uma decisão judicial sempre refletiriam essa percepção e essa compreensão, ou seja, a sua capacidade para ver, num universo vasto (ou até infinito) de relações possíveis, uma que servirá para fornecer a resolução de um conflito.

A escolha dessa solução é que tem por matriz o conjunto das experiências do julgador, representando o seu espírito pela imensidão de valores éticos que absorveu desde o seu nascimento, os planos familiares para si e para os outros membros da família, as frustrações pessoais e os dramas dos seus parentes, as vitórias advindas da sorte ou do esforço — enfim, no seu julgamento o Juiz deixa vir tudo isso à tona e nisso mergulha para formatar a sua resolução.

6 A HERANÇA CULTURAL

A relevância da herança cultural na formação da decisão judicial já foi assinalada por muitos autores jurídicos, como se vê nesta passagem de Napoleão Nunes Maia Filho:

Quando o Juiz, pelas suas multivivências, possui amplos conhecimentos culturais, será sempre preferível que os aplique na solução das causas, sem o que sua sentença será apenas um ato de lógica formal, de subsunção da hipótese à norma, sem a inclusão dos elementos vívidos e autênticos, que se colhem no dinamismo da vida social. Não se há de confundir, nesse terreno, a ciência ou o conhecimento acadêmico, de importância que não precisa ser assinalada, da qual o juiz poderá ser sofisticado detentor, com a cosmovisão que lhe dá a percepção das coisas, fazendo-o contemporâneo das suas próprias idéias (*As Regras da Experiência Comum na Formação da Convicção do Julgador*, 2000, p. 57).

Assinala o Ministro Moacir Amaral Santos que quanto maior for o cabedal de conhecimento do Juiz tanto mais autêntica será a formação do seu juízo, dizendo:

As regras da experiência comum, que surgem da observação do que comumente acontece, e fazem parte da cultura normal do Juiz,

serão por este livremente aplicadas, independentemente de prova das mesmas. O Juiz não pode desprezá-las quando aprecia o conteúdo de um testemunho, ou mesmo de um documento, para extrair a verdade dos fatos testemunhados ou documentados (Comentários ao CPC, 1976, p. 53).

7 AS MATRIZES FAMILIARES

A primeira matriz mental da pessoa humana é, sem dúvida alguma, a sua família, qualquer que seja a sua estrutura orgânica: seja uma família organizada ou não, ou seja mesmo uma situação de “ausência de família”.

É fácil compreendermos que aqueles que nascem numa família cujo comportamento se pauta em valores efetivamente valiosos tenham melhores condições, desde o berço, de incorporar a suas personalidades qualidades como decência, honestidade, respeito ao próximo e, opostamente, os que forem fruto de uma ausência de família onde a orientação ética não prevaleça terão dificuldades para assimilar esses valores, que lhes serão de muita utilidade durante toda a vida, determinando o seu comportamento e o lugar bom ou mau que virão a ocupar no meio da sociedade.

8 O AMBIENTE ESCOLAR

Imaginando-se que a criança possa freqüentar uma escola, ter colegas e professores, ter convívio com outras crianças da sua idade e desenvolver as suas aptidões pessoais, antecipa-se o universo de relações que a sua mente começa a formar.

O juiz, como todo e qualquer ser humano, carrega na sua alma, ora como lembranças gratas, ora como cicatrizes, todas essas vivências pessoais, mesmo as dos anos mais verdes da infância; aquilo que percebeu com seus olhos infantis e as interpretações que fez de tudo o que captou, tudo isso vai se refletir na sua atividade judicante, às vezes como atitude de resgate do que lhe foi tirado pelas asperezas da vida pessoal (atitude compassiva), às vezes como atitude de revanche (atitude indiferente).

9 AS LEITURAS E OS PROFESSORES

As leituras e os professores que a pessoa teve ao longo da experiência escolar são outra fonte importante para se compreender a atitude dos juizes. Quem teve, no curso jurídico, professores com pendores para a Filosofia do Direito, por exemplo, terá o espírito orientado para outros valores, quando comparada a sua

conduta judicante com a de outro juiz que teve professores mais voltados para a visão do Direito como uma Ciência.

Seguramente que aqueles que cultivam o salutar hábito da leitura desde meninos vão dispor de uma casta de informações, certamente valiosíssima, no momento da elaboração de uma sentença. Além do mais, é sempre bom lembrar que são os valores morais e não a lei, propriamente dita, que irão conceder os elementos mais adequados quando se tem como tarefa decidir sobre o destino de seres humanos.

E esses valores morais indispensáveis serão, também, transmitidos pelos professores, em todos os graus da hierarquia do aprendizado, desde o jardim de infância até aos cursos de pós-graduação, influenciando de maneira extremamente significativa aqueles que os apreenderam.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes, os sistemas legais fundamentavam-se na crença de que o juiz deveria concentrar sua atuação na letra da lei, fria e impessoal e, por conseguinte decidir em cima dela, sem levar em consideração o elemento humano, elaborando suas decisões como se estivesse resolvendo problemas inerentes às ciências exatas.

Face à evolução que vem-se sentindo, as reflexões que os juízes deveriam fazer sobre si mesmos, com o objetivo de melhor se conhecerem e de, conseqüentemente, poderem se corrigir e se elevar como seres humanos, não se sentiam necessárias.

Hoje, felizmente, está aquele método ultrapassado, devendo pois sempre ser facilitadas aos juízes condições de autoconhecimento e de aprimoramento pessoal, porquanto esses elementos irão propiciar uma interpretação mais próxima das reações que os caracterizem e oferecer-lhes materiais de modo a possibilitar-lhes resultados mais equilibrados e racionais em suas notáveis funções.

Conveniente se faz a compreensão da função social das decisões judiciais e de como essas decisões poderão, se não forem abalizadas dentro de princípios éticos e elaboradas por profissionais dotados de caráter, sensibilidade, desprendimento e, sobretudo, amor à Justiça, acarretar enormes prejuízos à segurança jurídica.

Longe o tempo de Montesquieu em que o juiz deveria ser, simplesmente, “*la bouche que prononce les paroles de la loi*” (a boca que profere as palavras da lei).

Presentemente, não devem os juízes apenas dizer o direito; muito mais do que isso, têm eles que fazer Justiça, obviamente, sempre ao amparo da lei.

E é por isso que esta função de extrema nobreza não pode ser concedida a seres humanos medíocres, mesquinhos, nem pretensiosos, sempre a quererem abusar do poder que detêm. Some-se a isso, também, a necessidade de serem os

juízes seres participativos da sociedade a que servem, para que lhes seja possível atendê-la da melhor maneira.

Finalmente, concluo transcrevendo a notável lição de Vallet Goytisolo:

Nossa arte faz parte daquela da Justiça; porém, para desenvolvê-la, não basta só o conhecimento das leis. Faz falta, ainda, o sentimento do justo. Este é um pressuposto para poder compreender a Justiça, como o sentido da proporção, da beleza, da cor, o som para chegar a expressar o belo. Mas, de igual modo que todos os sentidos corporais — vista, audição, gosto, tato e olfato — podem educar-se, também o sentimento do justo pode ser educado e guiado através do arsenal de dados subministrados pela experiência jurídica (Recrutamento e Preparo de Juízes, 1992, p. 128).

11 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CAMÕES, Luís de. **Os lusíadas**. 3. ed. Porto: Porto, 1974.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Quatro estudos temáticos de processo civil**. Fortaleza: UFC, 2004.

NALINI, José Renato. **Recrutamento e preparo de juízes**. São Paulo: RT, 1992.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

ETHICAL ASPECTS ON THE JUDGE'S BACKGROUND AND HIS SENTENCES

ABSTRACT: This article demonstrates the importance of a judge's good educational and ethical background, in order to obtain fair trials. Philosophical concepts by Aristotle, St. Thomas Aquinas, Kant and J. Rawls are here exposed. As any other human being, the judge has to deal with his personal dilemmas and, at the same time, with other people's demands.

KEYWORDS: Ethics. Law. Judge.

Escola da Exegese

JOÃO CARLOS MAIA NETO

Aluno da FA7, orientado pela profa. Isabelle de Menezes Ferreira.
jcarlosmaian@hotmail.com

Sumário: 1) Introdução; 2) Histórico; 3) Características da Escola da Exegese; 4) Reflexos da Escola da Exegese na compreensão e aplicação do Direito; 5) Considerações finais; 6) Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho apresenta uma das mais influentes escolas do século XIX, *L'école de l'exégèse*, escola esta que objetivava como principal fundamento resumir o direito à lei. A Escola da Exegese surgiu na França, mais precisamente no decorrer da Revolução Francesa. Entretanto, foi com o advento da codificação que esta escola ganhou o seu principal objeto de interpretação, o Código Civil Francês de 1804. O método de interpretação utilizado pelos intérpretes da Escola Exegética era, em princípio, o método gramatical, método este que limita estritamente o intérprete ao texto da lei. As principais características da Escola da Exegese eram: a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, a onipotência do legislador, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade. Tais características fizeram com que os intérpretes desta escola obtivessem uma visão limitada do Direito. A interpretação feita pelos membros da Escola da Exegese influenciou em vários aspectos a forma como o Direito é visto hoje. São inúmeros os reflexos deixados por essa escola que influenciaram a interpretação do direito nos dias atuais.

Palavras-chave: Codificação. Interpretação. Direito. Lei.

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do tempo em que foram se desenvolvendo os estudos em Direito, existiram inúmeras escolas que buscaram os meios mais corretos de interpretar e

aplicar Direito. Dentre estas, podemos destacar três escolas. São elas: a Escola dos Glosadores, importante escola do período medieval que priorizou o seu estudo à legislação do Império Romano; a Escola dos Humanistas, que surgiu na idade moderna aprimorando os ensinamentos deixados pela escola anterior, e a Escola da Exegese, que constituiu seus alicerces no iluminismo, ganhou força nos ideais da Revolução Francesa e, com o advento da promulgação do código civil francês de 1804, foi aplicada claramente no Direito. (Reale, 2002, p.410).

A principal característica da Escola da Exegese é que ela considerava, em extrema primazia, a lei como principal instrumento de aplicação e interpretação do Direito. Este se manifestaria através das leis, que seriam emanadas do Poder Legislativo e constituiriam as faculdades e obrigações primordiais a serem seguidas pela sociedade. Assim, o objetivo da Escola da Exegese era tornar o Direito “*um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes*”. (Reale, 2002, p.416). Inúmeros fatores históricos fizeram com que a Escola da Exegese utilizasse este posicionamento simplificado em relação à interpretação e aplicação do Direito. Em momento oportuno faremos o estudo desses acontecimentos.

O objetivo deste trabalho é mostrar a importância que teve a Escola da Exegese, não somente no contexto da França revolucionária, mas demonstrar quais foram as influências deixadas por esta escola, que repercutiu claramente na forma como o direito é aplicado hoje.

1.1. METODOLOGIA

O método de investigação que será empregado no desenvolvimento deste trabalho será o Método Histórico Jurídico. As pesquisas históricas no campo do Direito, explica Miracy Barbosa de Sousa Gustin, citando Witker, “são aquelas que analisam a evolução de determinados institutos jurídicos pela compatibilização de espaço/tempo”. (2002, p.46).

Ao analisarmos um fenômeno jurídico histórico, deveremos “reconhecê-lo a partir de uma multiplicidade de tempos, de fontes, de redes sociais e conceituais” (Gustin, 2002, p.46). Pois, como explica Miracy Barbosa, “é preciso entender que o fenômeno histórico jurídico está inserido em redes socioculturais dinâmicas contraditórias e cada vez mais complexas”. (Gustin, 2002, p.47).

Portanto, dentre os métodos de investigação que analisamos, o que mais se assemelhará com a hipótese que será formulada sobre a Escola da Exegese é o Método Histórico Jurídico. Dentre os instrumentos que servirão como fonte de pesquisa valorizaremos as referências bibliográficas que discorrem sobre este assunto.

2 HISTÓRICO

Inúmeros fatores históricos levaram ao surgimento da Escola da Exegese na França. Os mais essenciais foram a Revolução Francesa e o conseqüente advento da burguesia no poder, e o movimento da Codificação.

2.1. REVOLUÇÃO FRANCESA

A situação econômica da França pré-revolucionária não era das mais confortáveis. Enquanto ocorria o desenvolvimento industrial na Inglaterra, a França ainda era um país rural, pois grande parte de sua população ainda desenvolvia atividades agrícolas. (Cáceres, 1996, p. 282). O lento desenvolvimento industrial e a rigidez econômica empregada pelo Mercantilismo, pois este sistema fazia uma intervenção constante na economia não permitindo o progresso econômico do capitalismo neste país, acarretaram o descontentamento da burguesia. Assim, além de assistir de camarote o não desenvolvimento econômico de seu país, a burguesia era obrigada a pagar elevados tributos para custear os privilégios da nobreza e do clero. Tais acontecimentos não poderiam levar a outra coisa a não ser uma revolta por parte da classe oprimida por antigos privilégios medievais.

Pode parecer paradoxal, mas a crise política que ocasionou a convocação dos Estados Gerais em 1º de maio de 1789 se iniciou em uma revolta, dois anos antes, de alguns membros do clero e da nobreza, os chamados notáveis, que contestavam os privilégios do monarca. Entretanto, mal eles sabiam que os seus privilégios decorriam desta forte imposição pregada pelo regime absolutista. Em 9 de julho de 1789, devido às divergências políticas e ideológicas entre os três estados, o 3º Estado, entendido como a burguesia, proclamou-se independente, constituindo a Assembléia Nacional Constituinte. (Cáceres, 1996, p. 284 e 285).

A partir da instituição da Assembléia Constituinte, aconteceu, na França, o mesmo que ocorreu na Inglaterra durante a Revolução Gloriosa, ou seja, uma limitação ao poder real. O poder legislativo era exercido pela burguesia enquanto o rei tornou-se apenas o chefe do poder executivo.

As reformas políticas continuavam sendo feitas. De acordo com os interesses do grupo que estava no poder; girondinos ou jacobinos, a constituição francesa era constantemente reformulada. Essa inconstância no poder legislativo francês fez com que esses grupos se enfraquecessem e cedessem às pressões do exército, que acreditava que a revolução não suportaria os ataques dos inimigos internos e externos sem a imposição de uma ditadura militar (Cáceres, 1996, p. 289).

Em 10 de novembro de 1799, aconteceu o tão conhecido golpe do 18 Brumário. Apoiado pela grande burguesia e legitimado pela constituição de 1800, Napoleão Bonaparte se tornou o cônsul principal do poder executivo. Apesar de existir outros dois cônsules, Napoleão era o único autorizado a promulgar leis, declarar a guerra e a paz, nomear e demitir funcionários. (Cáceres, 1996, p. 289). A única limitação imposta a Napoleão terminou com o advento da constituição de 1802, que o instituiu como cônsul vitalício.

Com a ascensão da burguesia ao poder legislativo, foi dada a ela a responsabilidade de fazer as leis. Podemos dizer que a limitação imposta na aplicação do Direito naquela época teve início a partir deste acontecimento. Esclarecendo o que se pretende demonstrar, serão enumerados alguns fatores que culminaram no tratamento limitado do Direito pela Escola da Exegese.

2.2. FATORES QUE LIMITARAM A APLICAÇÃO DO DIREITO

Um primeiro fator foi a interpretação equivocada da doutrina de Montesquieu. É cediço, que o ponto principal do pensamento de Montesquieu é a idéia da separação dos poderes que apenas divide as funções essenciais do Estado. Os revolucionários de 1789 interpretaram esse ideal iluminista de forma equivocada. Para eles, o poder judiciário não deveria interferir no trabalho exercido pelo legislativo, quando ocorressem lacunas na lei (ROCHA, 1995, p.93). Nos casos em que a lei demonstrasse incerteza em determinados assuntos, o juiz deveria, apenas, imaginar a intenção do legislador ao redigir aquela lei. Fazendo uma interpretação analógica com os dias atuais, a redação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil seria uma intervenção indevida do Poder Judiciário ao poder legislativo.

Um segundo fator que alicerçou a Escola da Exegese foi o corporativismo que existia entre o rei e o poder judiciário na monarquia absolutista. Antes da revolução de 1789, a obrigação de analisar a compatibilidade das normas constitucionais da monarquia com a legislação da França era dos *parlements* (tribunais do antigo regime). Portanto, essa proximidade que existia entre os tribunais e o rei provocou uma enorme desconfiança nos revolucionários de 1789, que viam o Judiciário como um órgão suscetível de manipulação dos governantes (Rocha, 1995, p.93).

E, por último, o forte interesse da burguesia na aplicação rígida da lei e na limitação da atividade dos juízes. Os burgueses, ao proclamarem a Assembléia Constituinte e assumirem o Poder Legislativo, se consideravam os únicos legitimados para redigir o ordenamento jurídico francês. Tal fato aconteceu devido à forma como ocorreu a revolução de 1789, em outras palavras, a ascensão do povo ao poder. Portanto, esse mesmo “povo” que chegou a assumir o Poder Legislativo se julgava capacitado para redigir as leis e não admitia nenhuma espécie intervenção de outros poderes nesta atividade.

2.3. CODIFICAÇÃO

Antes da promulgação do Código Civil francês de 1804, ocorreram, nos períodos da Convenção e do Diretório (fases da revolução francesa), três projetos propostos por Cambacérès (1753-1824), conceituado jurista francês. Todavia, nenhum dos seus projetos foi aceito pelos legisladores, pois, neles, continham idéias distintas do pensamento da época, ou seja, possuía em seu teor uma realização jus naturalista (Bobbio, 1999, p.68).

Depois da ascensão de Napoleão ao poder, o principal intuito dos revolucionários de 1789 era organizar, de forma sistemática, as normas civis francesas existentes antes do conturbado período da Revolução Francesa. Devido a França ser considerada o berço do movimento iluminista, a idéia de codificação é fruto da cultura racionalista demonstrada pelos revolucionários daquele período.

Podemos perceber que é no desenrolar da revolução que ocorrem os *projetos de codificação* a que já nos referimos, comprovando, assim, o interesse dos revolucionários em modificar as estruturas políticas e ideológicas do momento (Bobbio, 1999, p.64e65).

Outro interesse pretendido pela burguesia era pôr fim aos chamados “sistemas particulares de regras” – neste tipo de sistema, cada classe (nobreza, clero e burguesia) era protegida por leis que somente se destinavam àquele estamento. Como sintetiza Miguel Reale:

No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal (2002, p.64).

Em outro momento o jurista demonstra, de forma clara, como se encontrava o ordenamento jurídico francês antes da revolução de 1789:

Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das *Ordenações Régias, completadas pelos usos e costumes*, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural, concebido este de maneira abstrata, como que um Código de Razão do qual defluía uma duplicata ideal do Direito Privado. (2002, p.65).

Portanto, fica claro que não era interesse da burguesia ser regida por regras propostas pelo Direito Canônico e, muito menos, utilizar recursos empregados pelo Direito Natural.

Se analisarmos profundamente os ideais racionalistas propostos pelos filósofos iluministas, perceberemos o interesse da burguesia revolucionária em equiparar o Direito Francês (conjunto de regras) a uma ciência lógica e formal. Neste caso, especificamente, o legislador burguês seria o participante principal do nascimento de uma nova ciência, *a da legislação* (Bobbio, 1999, p.65). E foi exatamente isto que aconteceu naquele momento histórico, os revolucionários de 1789 consideraram-se os legitimados para redigir uma nova legislação e, conseqüentemente, de forma pragmática, racional e sistemática, compilá-la.

O projeto da codificação pretendia, em sua essência, valorizar a figura do legislador universal. Isto é: “*um legislador que ditaria leis válidas para todos os*

tempos e para todos os lugares” (Bobbio, 1999, p.65). Esta valorização decorria do fato de que *“a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados”* (BOBBIO, 1999, p.65). Como justifica Bobbio em sua obra *O Positivismo Jurídico Lições de Filosofia do Direito*:

Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a compilação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela ciência do legislador, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. (1999, p.65).

Outro fator que influenciou sobremaneira o movimento da codificação foi a forma como o estudo do código civil francês foi imposto nas Universidades. As pressões exercidas pelo regime ditatorial de Napoleão fizeram com que inúmeros juristas franceses fossem obrigados a lecionar em suas cátedras somente a legislação do código napoleônico.

Sem dúvida alguma, o posicionamento autoritário de Napoleão Bonaparte ao fazer esta imposição às Universidades limitou o aprendizado dos estudantes da época. Como resume René David:

Pelo fato de se ter realizado na França em 1804, na Alemanha em 1896, na Suíça em 1881-1907, a perfeição da razão, para apenas considerar os códigos civis, perdeu-se de vista a tradição das universidades, que era a de orientar a procura do direito justo, de propor um direito modelo e não de expor ou de comentar o direito dos práticos deste ou daquele país ou região. Quando surgiram códigos nacionais, pareceu que as duas coisas coincidiam, e que a função das universidades era apenas a de fazer a exegese dos novos textos (2002, p.68).

Portanto, podemos perceber que o advento da Codificação, apesar de ter contribuído para a sistematização das leis civis fragmentadas, limitou o poder de investigação científica das Universidades. O último ponto citado é sem dúvida um dos malefícios da codificação.

3 CARACTERÍSTICAS DA ESCOLA DA EXEGESE

Feito um breve histórico dos fatores que levaram ao surgimento da Escola da Exegese, serão analisadas suas principais características. Na obra intitulada *L'école*

de l'exégèse en droit civil, Julien Bonnecase, um dos principais baluartes da escola exegética, enumera cinco características dessa escola. (Bobbio, 1999, p.84).

O primeiro caractere ao qual faz referência o autor é a *inversão das relações tradicionais entre o direito natural e direito positivo*. (Bobbio, 1999, p.84). Devido às modificações ocorridas no momento histórico da França pré-revolucionária, a burguesia iluminista possuía, em sua essência, dois postulados fundamentais: o antropocentrismo e o racionalismo. A Igreja Católica possuía uma enorme influência nos “modos de pensar” da sociedade europeia naquela época. Antes das idéias propostas pelos filósofos do Iluminismo, a forma de pensar da sociedade europeia estava atrelada à doutrina teocentrista, doutrina essa que impõe as respostas das dúvidas dos seres humanos a Deus (Deus no centro do universo). Um dos objetivos desses filósofos era estimular o desenvolvimento do pensamento humano. Entretanto, para esse desenvolvimento ocorrer, a sociedade europeia teria que se desvincular da tradicional doutrina teocentrista e passar a praticar a doutrina antropocentrista, doutrina essa que coloca as respostas das dúvidas humanas ao próprio homem (o homem no centro do universo). O segundo postulado iluminista a que nos referimos, decorre, justamente, do primeiro. A partir do momento em que a sociedade europeia consegue desatrelar-se dos dogmas da Igreja Católica, ela passa, conseqüentemente, a desenvolver pensamentos racionais.

Com os ideais iluministas priorizados pela burguesia, fica claro que as tendências jus naturalistas antipragmáticas desenvolvidas antes do Iluminismo seriam enfraquecidas. Todavia, os precursores da escola exegética não negavam “a existência de certos princípios absolutos e imutáveis, anteriores e superiores a toda legislação positiva, visto que tais preceitos absolutos são muito vagos e podem ser determinados somente pelo direito positivo” (Bobbio, 1999, p.85). Portanto, explica Bonnecase que o direito natural é irrelevante enquanto não fosse incorporado à lei: “[...], mas o direito natural possível, praticável, realizável, é aquele, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita. [...]” (Bobbio, 1999, p.85).

Outra espécie de divergência que ocorria entre o direito natural e o direito positivo era quanto à aplicação de uma via subsidiária do direito natural em caso de lacunas no direito positivo. Os membros da escola da exegese, como já foi dito, não admitiam a “intervenção” do juiz ao aplicar a lei. Portanto, quando existissem tais lacunas, “o juiz não poderia legalmente pretender que a lei não lhe proporcionaria os meios para resolver a causa que lhe é submetida”. (Bobbio, 1999, p.86). Este preceito de Bonnecase formula a concepção do dogma da completude hermética do ordenamento jurídico.

A segunda característica da Escola da Exegese formulada por Bonnecase diz respeito à juridicidade das normas estabelecidas pelo Estado. Em outras palavras, significa dizer que somente o Estado possui legitimidade para redigir as normas que regularão as condutas da sociedade. Tal característica assemelha-se

com o *princípio da onipotência do legislador*, onde, baseado neste princípio, o legislador possui autenticidade para poder legislar o que ele achar conveniente. (Bobbio, 1999, p.86).

Em conseqüência das características citadas, Norberto Bobbio explica, citando Bonnacase, que nasce um terceiro aspecto do positivismo francês: “*a interpretação da lei fundada na intenção do legislador*” (Bobbio, 1999, p.87). Característica esta que remeteremos ao próprio jurista a explicação:

[...] se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a *busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas – estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade a qual a lei foi emitida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre uma dada disposição legislativa e as outras disposições etc. – são empregadas para atingir tal propósito. (1999, p.87).

A próxima característica à qual o jurista faz referência é o *culto do texto da lei* (Bobbio, 1999, p.88). Subordinados rigorosamente a esta característica, os intérpretes do Código Civil Francês utilizaram, inicialmente, o método de interpretação gramatical na aplicação da lei. Entretanto, logo perceberam que somente a aplicação deste método seria insuficiente para entender a intenção do legislador ao redigir a lei. Como sintetiza Maria Helena Diniz:

Inicialmente, os sequazes da Escola da Exegese se atinham à interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo, tiveram de recorrer às fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à tradição histórica e aos costumes, para desvendar a vontade do legislador, a fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também o seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei (2000, p.51).

A última característica da Escola da Exegese apontada por Bonnacase, é o *respeito ao princípio da autoridade* (Bobbio, 1999, p. 88). A autoridade à qual o jurista se refere é, obviamente, a do legislador, legitimado pela feitura das leis. Essa característica assemelha-se com o princípio da onipotência do legislador, princípio este que atribui ao legislador a competência exclusiva para estabelecer as normas jurídicas que regularão as condutas sociais.

4 REFLEXOS DA ESCOLA DA EXEGESE NA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Como já foi dito, a forma que a Escola Exegética relacionava-se com o direito era bastante limitada. O primeiro ponto que merece nosso questionamento é como ela identificava o Direito à lei (no caso, as leis escritas, positivadas). Para os membros dessa escola o Direito e a lei se confundiam, isto é, tudo que é direito estava na lei e tudo que fosse lei estava, conseqüentemente no direito.

Sabemos que a lei é o mecanismo mais racional e pragmático para expressar a vontade do direito, porém, não é o único. Existem outros instrumentos que podem ser aplicados na busca do direito, entre eles os usos, os costumes, as analogias, entre outros. Os juristas da Escola da Exegese, em especial Bugnet, resumiram o sentimento que repercutia a vontade dos membros dessa escola em uma célebre frase: “não conheço o direito civil, ensino somente o Código de Napoleão.” (Diniz, 2000, p.51). Esta frase resume em qual fonte do direito se baseavam os intérpretes dessa escola, ou seja, unicamente na lei.

A proposta desse tópico não é questionar a legitimidade da lei, e sim, mostrar que os membros da Escola Exegética abdicaram das demais fontes do direito para fazerem uso da lei como o único instrumento racional e legal, pois se originava do Estado, na aplicação do direito. Maria Helena Diniz, em sua obra *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, coloca o pensamento de um dos mais exagerados juristas da época:

[...] Os mais extremados, como Blondeau, chegavam até a afirmar que, ante a plenitude da lei, nos casos em que a vontade do legislador não podia ser alcançada, o magistrado deveria abster-se de prolatar a sentença, por não haver lei que fundamentasse a sua decisão (2000, p.53).

No olhar do jurista, o caso concreto ficaria sem a sentença por inexistência da lei, possibilidade esta que somente aconteceria pela interpretação exegética.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, os resquícios deixados pela Escola da Exegese na interpretação e aplicação do direito são claramente percebíveis. Geralmente, o apego dado pelo operador do direito, em especial o magistrado, à lei é notório. Excetuam-se, apenas, os casos em que se aplica o artigo quatro da *Lei de Introdução ao Código Civil*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Neste artigo, diferentemente do que propunha alguns juristas exegéticos, ocorre uma concessão

ao juiz que sentencie o caso concreto independentemente da existência da lei. Ademais, percebe-se extrema limitação na forma como o direito é aplicado hoje. Dificilmente encontramos um operador do direito que não esteja limitado a este instrumento racional e pragmático chamado lei.

Esta forma limitada como os membros da Escola Exegética interpretavam o Direito acarretou inúmeros problemas na forma como ele foi aplicado pelos juristas da época. Os mecanismos utilizados pelos juristas e pelos intérpretes possuíam uma função mecânica de lógica dedutiva (Diniz, 2000, p.52), pois eles somente se atinham a um único método de hermenêutica para fazer a interpretação dos textos legislados, o método literário gramatical.

A intenção dos hermeneutas exegéticos ao utilizarem esta interpretação limitada do direito era pressupor um ordenamento jurídico positivado que serviria para ser utilizado em todos os tempos e todos os lugares. A partir desta concepção positivista, os intérpretes exegéticos não admitiam lacunas no ordenamento jurídico.

Admitirmos tal concepção é, conseqüentemente, admitirmos a possibilidade de prevermos todos os fatos jurídicos que incidirão as normas positivadas. Isto é, seguindo o raciocínio da concepção exegética não ocorrerão fatos jurídicos que já não foram previstos pelo ordenamento jurídico positivado. Todavia, acreditamos que a forma estática como o ordenamento jurídico era visto pelos membros da Escola da Exegese não se adequa com a forma dinâmica e dialética que ocorrem os fatos jurídicos nos dias atuais.

Atualmente, o operador do direito que pretende fazer uma interpretação objetiva do ordenamento jurídico não pode limitar-se apenas aos métodos citados pelos intérpretes exegéticos. A hermenêutica moderna disponibiliza inúmeros mecanismos para que a interpretação do ordenamento jurídico seja feita de forma clara e completa e não parem dúvidas nos intérpretes.

Dentre os mecanismos mencionados, citaremos de forma sucinta alguns dos métodos propostos pela hermenêutica. São eles: o método sistemático, mais conhecido como “direito comparado”, pois remete o intérprete a um outro texto legislativo semelhante; o método histórico, que consiste em interpretar o fato tomando como base elementos históricos; e o método teleológico, neste o intérprete preocupa-se em verificar a finalidade do texto legislativo ao ser escrito.

Portanto, para os dias atuais, é no mínimo ultrapassada a idéia de nos atermos somente aos métodos propostos pela Escola da Exegese para interpretar e aplicar o Direito.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** - Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

CÁCERES, Florival. **História Geral**. 4^a.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Moderna, 1996.

DAVID, René, 1906. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção justiça e direito).

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **Repensando a Pesquisa Jurídica** – Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos Sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

THE EXEGETIC SCHOOL

Abstract: This work studies one of the most influential schools of thought of the 19th century, *École de l'exégèse*, that restricted the interpretation of Law solely according to the statutes. At first, the method of interpretation used by the interpreters of the Exegetic School was purely grammatical, limiting the interpreter to the text of the law. The interpretation made by members of that school of thought influenced in many ways the current comprehension and application of Law.

Keywords: School of Exegesis. Codification. Interpretation. Law.

Responsabilidade do Estado por Erro Jurisdicional

ORESTES LISBOA ALVES DO NASCIMENTO FILHO

Aluno da FA7, orientado pela profa. Cynara Monteiro Mariano.
oresteslisboa@hotmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Fases de evolução da responsabilidade civil do Estado. 3. A responsabilidade do Estado no atual ordenamento jurídico brasileiro. 4. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Este trabalho examina a controversa questão da Responsabilidade do Estado por erro praticado em uma de suas funções: a jurisdicional. Onde demonstraremos a possibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado e subjetiva ao agente causador do dano (Juiz). O estudo é baseado em uma pesquisa documental, pois trata-se de um exame da doutrina e jurisprudência. Observamos a forma particular como a teoria da Responsabilidade do Estado evoluiu diante da necessidade de proteção dos particulares. Fizemos ainda uma consideração sobre a referida teoria no atual ordenamento jurídico brasileiro e sobre a necessidade de sua aplicação nos casos de erros judiciais. Além disso, analisamos a viabilidade da aplicação da responsabilidade pessoal do juiz. Concluimos afirmando a admissibilidade, tanto da responsabilidade do Estado por atos judiciais, quanto à responsabilidade pessoal do Juiz.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Jurisdição. Erro. Juiz.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente, em seu art. 37, §6º, atribui ao Estado a responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros. Porém, temos visto que a doutrina e a jurisprudência vacilam em aplicar esta regra a todo e qualquer agente público.

Neste trabalho examinamos a controversa questão da responsabilidade do Estado por erro praticado em uma de suas funções: a jurisdicional. Tentaremos demonstrar, num primeiro momento, a admissibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva ao Estado e, num segundo momento, a possibilidade da responsabilidade pessoal do agente causador do dano (juiz).

■ 2 FASES DE EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado esteve por muito tempo limitada pelo conceito de irresponsabilidade, porém, diante da dinâmica social, evoluiu para o conceito de responsabilidade com culpa, ou responsabilidade civilística e, finalmente, para o de responsabilidade pública (Meirelles, 1994, p. 555). Veja-se:

1. Quando não era aceita qualquer forma de atribuição de responsabilidade ao Estado e, portanto, predominava a teoria da irresponsabilidade;
2. Quando a atribuição da responsabilidade passa a ser aceita vinculada à idéia de culpa do agente, e, portanto, predominava a teoria civilista;
3. Quando a atribuição da responsabilidade passa a ser aceita desvinculada da idéia de culpa e, portanto, predominavam as teorias publicistas.

2.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

No período do estado absolutista, a teoria da irresponsabilidade era predominante e consagrava a autoridade estatal como infalível, incontestável e superior aos súditos, tanto que se veiculavam máximas, como, por exemplo, “*The king can do no wrong*” e “*Le roi ne peut mal faire*” (em vernáculo: O rei não pode errar).

Os partidários desta teoria sustentavam a infalibilidade real e, conseqüentemente, a impossibilidade do Estado reparar qualquer dano que porventura causasse, posto que a atribuição de responsabilidade ao Estado “significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito à sua soberania” (Di Pietro, 2005, p. 563).

A teoria da irresponsabilidade resistiu aos ataques liberais por muitos anos, sendo gradualmente suprimida, até que sucumbiu completamente no decorrer do século XX.

2.2. TEORIA CIVILISTA

A teoria civilista deve ser compreendida como uma teoria de transição da era da irresponsabilidade para a era da responsabilidade, pois, ao compreender que o rei não pode ser confundido com o Estado, contraria a teoria da irresponsabilidade, e, ao admitir a atribuição de responsabilidade ao Estado, permite o surgimento das teorias publicistas.

Segundo a teoria civilista, o rei, detentor exclusivo da prática de atos de império, não poderia ser responsabilizado pela prática dos referidos atos, pois,

segundo a supramencionada máxima inglesa “*The king can do no wrong*”, o monarca era infalível e seus atos eram revestidos de prerrogativas e privilégios inerentes, e eram regidos por um Direito especial, que exorbitava o Direito comum.

Já o Estado, através de seus prepostos, praticava atos de gestão, cujo escopo era a gestão do serviço público e a administração do patrimônio público. O Estado somente poderia ser responsabilizado por estes atos, pois, ao praticá-los, colocava-se em posição de igualdade com os particulares, submetendo-se, inclusive, ao regime jurídico de Direito Privado.

Mas, em face da reconhecida dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar como atos de gestão todos os atos praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços, a distinção entre os atos de império e os atos de gestão foi abandonada. Não obstante o repúdio à distinção entre mencionados atos, muitos autores continuaram a afirmar que o Estado será responsável sempre que sua culpa for demonstrada, subsistindo, portanto, a teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado (Di Pietro, 2005, p. 564).

Porém, como foi dito anteriormente, esta teoria (da responsabilidade civil subjetiva do Estado) é um ponto de transição entre a teoria da irresponsabilidade do Estado e a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, tendo, portanto, a doutrina da responsabilidade civil subjetiva perdido espaço para a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, que, como veremos a seguir, veicula a idéia de que o Estado será civilmente responsabilizado sem a necessidade de comprovação de culpa.

2.3 TEORIAS PUBLICISTAS

Como apontamos, em face da teoria civilista, o Estado, quando acionado judicialmente a reparar um dano, submetia-se ao mesmo regime dos particulares, ou seja, a vítima, além de ter sofrido o dano provocado pelo Estado, deveria demonstrar em juízo a sua culpa.

Porém, no século XIX, o desenvolvimento industrial originou um surto de progresso, fato que ocasionou a multiplicação de danos, e, por conseguinte, evidenciou a hipossuficiência das vítimas e a necessidade de conferir-lhes maior proteção.

O célebre caso Blanco, ocorrido na França em 1873, constitui-se marco inicial da teoria publicista, em decorrência da comoção social gerada pelo acidente de Agnès Blanco, que foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Tabaco, sendo o primeiro passo no sentido de conferir autonomia de Direito Público à matéria da responsabilização estatal. No caso em tela, o pai da menina Blanco promoveu ação civil de indenização, fundamentando-se no princípio da responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes, fato que gerou um conflito de competência entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. Suscitada a controvérsia, o Tribunal de Conflitos decidiu que o Tribunal Administrativo

processaria e julgaria o caso, e não o Tribunal Judiciário Comum. A consequência dessa decisão é o reconhecimento da aplicação das normas de Direito Público, e não das de Direito Civil, em casos de responsabilidade do Estado.

A partir dessa decisão, começam a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado por atos dos seus agentes.

A primeira teoria publicista é a da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, cujo preceito maior asseverava que a responsabilidade do Estado surge da culpa do serviço, e não da idéia de culpa do funcionário.

Segundo essa teoria, a culpa do serviço público ocorrerá quando o serviço público funcionar mal, não funcionar (hipótese de omissão) ou funcionar atrasado. Ocorrendo qualquer uma dessas hipóteses, restará configurado o acidente administrativo (culpa administrativa ou culpa do serviço) e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, que não dependerá de perquirição de culpa do funcionário.

Portanto, na teoria do acidente administrativo a culpa é dicotômica, pois de um lado há a culpa individual do funcionário, pela qual ele próprio responde e, de outro, a culpa anônima do serviço público, pela qual o Estado responde, já que, nesse caso, diante da impossibilidade de identificação do agente público causador do dano, presume-se que o serviço público funcionou mal.

A segunda teoria é a do risco, uma evolução da anterior, pois nela o elemento culpa é substituído pelo elemento nexa de causalidade, ou seja, existindo nexa de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado, o fato do serviço público ter funcionado bem ou mal não fará diferença alguma e o Estado será responsável pelos danos causados à vítima.

Salientamos que a justificativa desta teoria reside no argumento de que o risco de dano é inerente à atuação do Estado. Portanto, uma vez causado o dano, o Estado responderá objetivamente, isto é, independentemente de culpa do agente público.

Meirelles (1994, p.552) classifica a teoria do risco em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite as excludentes de responsabilidade do Estado e a do risco integral, que não admite as excludentes de responsabilidade. Porém, esta divisão não é aceita pela doutrina dominante, que, ao considerar as expressões risco integral e risco administrativo como sinônimos (Di Pietro, 2005, p. 565), compreende a teoria do risco como uma só e admite as excludentes de responsabilidade do Estado: força maior; culpa da vítima; culpa de terceiros; e estado de necessidade, pois esses fatores rompem o nexa de causalidade (Cahali, 1995, p. 40).

Consideramos conveniente apontar que as excludentes de ilicitude são situações que permitem que o Estado negue o nexa de causalidade e, portanto, afaste a responsabilidade pelo dano. Ora, o Direito brasileiro adota a teoria da responsabilidade estatal objetiva, bastando, destarte, o dano e o nexa de causalidade para a configuração da responsabilidade do Estado e, uma vez afastado o nexa de causalidade, não haverá a possibilidade de indenização.

Di Pietro (2005, p. 568) assevera que, nas hipóteses de força maior e de culpa da vítima, o nexo de causalidade será rompido, pois essas hipóteses se constituem causas excludentes da responsabilidade.

As hipóteses de força maior normalmente são confundidas com as de caso fortuito. Porém, estes institutos, apesar de guardarem semelhanças, possuem conceitos distintos. A força maior é um acontecimento imprevisível, inevitável e contrário à vontade das partes (como um furacão, um raio, um terremoto), já o caso fortuito é um acontecimento decorrente de um ato humano.

A força maior deve ser entendida como ato da natureza. Entretanto, a existência de força maior não pode ser alegada em hipóteses onde o dano seja oriundo da omissão do serviço público¹, quando, segundo os ensinamentos de Bandeira de Mello (2004, p. 906-908) e Di Pietro (2005, p. 568), a responsabilidade do Estado será subjetiva.

A culpa da vítima ocorre quando esta se coloca na posição de sofrer o dano e efetivamente o sofre, como o caso do pedestre suicida que provoca seu próprio atropelamento, hipótese que afastará o nexo de causalidade. Entretanto, caso a culpa seja concorrente, o nexo de causalidade não poderá ser afastado integralmente e a responsabilidade do Estado será repartida com a vítima.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Enquanto na teoria da responsabilidade subjetiva a culpa (ao lado do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano) é um pressuposto essencial à existência da obrigação de reparar o dano, na teoria da responsabilidade objetiva a culpa é presumida, ou seja, a existência da obrigação de reparar o dano exige apenas a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano, não havendo, como na responsabilidade subjetiva, a necessidade de comprovar-se a culpa.

O art. 15 do Código Civil de 1916, que adotou a teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado, disciplinava, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Porém, a Constituição vigente, em seu art. 37, §6º, adotou a teoria objetiva, sob a modalidade do risco, no que tange a responsabilidade civil do Estado, ao preceituar o seguinte:

¹ "Não se pode, entretanto, cogitar da existência de força maior quando, por exemplo, ocorram inundações na cidade, previsíveis e que demandariam obras de infra-estrutura não realizadas" (Figueiredo, 2004, p.289-290).

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em consonância com a Constituição Federal, o Código Civil de 2002, em seu art. 43, passou a determinar que:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Portanto, para que o Estado tenha o dever de indenizar, não se exige o comportamento culposo do agente público, bastando que exista o dano e que este tenha sido causado em virtude da ação estatal.²

Após esta exposição acerca da teoria que rege a responsabilidade civil do Estado, passemos à análise de importantes elementos que configuram ou afastam o dever estatal de indenizar.

3.1. DANOS INDENIZÁVEIS

Dano, segundo o conceito clássico, é uma diminuição ou subtração do patrimônio de um indivíduo. Porém, tal conceito se encontra ultrapassado, pois hodiernamente se entende que o conceito de dano (em sentido amplo) abrange a lesão de qualquer bem jurídico, englobando-se, portanto, além do dano de natureza patrimonial, o dano de natureza moral (Gonçalves, 2005, p. 545-548).

O dever de indenizar, na linha da teoria risco-proveito (Mello, 2004, p. 906-908), tanto pode surgir diante de atos lícitos, quanto de atos ilícitos. Na primeira hipótese, para que surja o dever estatal de indenizar, o dano deverá ser certo, anormal, e especial. Já na segunda, basta que o dano seja certo e que tenham atingido situações jurídicas constituídas.

3.2. AÇÃO REGRESSIVA E DENUNCIÇÃO DA LIDE

Uma vez cumprido o dever estatal de indenizar, ou seja, tendo o Estado reparado integralmente o dano, através da restauração do *statu quo ante*, ou compensado o dano, posto que, em determinadas hipóteses não será possível a restauração do estado anterior ao dano, o Estado deverá interpor ação regressiva³, que é o exercício do direito de regresso previsto tanto pela Constituição Federal,

² "A responsabilidade civil das pessoas de Direito público não depende de prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo injusto" RTJ, 55:516 (Apud Gonçalves, 2005, p. 173).

³ A lei nº 8.112/90, art. 122, §2º disciplina, in verbis: "Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva".

em seu §6º, art. 37, quanto pelo Código Civil brasileiro, em seu art. 43, segundo o qual o Estado, que indenizou a vítima do dano causado por seu agente, pode requerer a este o ressarcimento das importâncias pagas por aquele.

O exercício do direito de regresso é indisponível, ou seja, acionar o agente público causador do dano, quando este incorrer em dolo ou culpa, é dever do Estado e não mera faculdade. Porém, o Estado somente interporá ação regressiva contra seu agente quando forem atendidas as seguintes condições: 1) ser ele (o Estado) condenado a indenizar a vítima do dano; 2) ser passível de comprovação a culpa do agente no evento danoso.

Salientamos que, segundo o §3º do art. 122 da lei nº 8.112/90 (Estatuto dos servidores públicos civis da União), a ação regressiva transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após cessação do exercício no cargo ou função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão, já que esta modalidade de ação é uma forma de ressarcir o erário.

Este instrumento, apesar de sua obrigatoriedade e conveniência, não é largamente utilizado, pois muitas vezes o Estado opta por utilizar a via da denúncia da lide.

Dallari (1990, p 139) assevera que é possível denunciar a lide ao funcionário, pois o inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil prescreve que “a denúncia da lide é obrigatória [...] àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva”.

Os defensores da denúncia da lide, em casos de responsabilidade civil do Estado, fundamentam-se no princípio da economia processual, porém tal justificativa é incompatível com o escopo do princípio consagrado no §6º do art. 37 da CF/88, que é o de tornar a reparação do dano célere, efetiva e livre de qualquer forma de perquirição de culpa. Com a imposição da denúncia da lide, pensamos que um aumento de obstáculos ao lesado é provocado, vez que será instaurada, no bojo da lide, outra lide.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Função, no dizer de Rocha (2003, p. 75-76), “é uma atividade desenvolvida para atender às necessidades de outrem”, por conseguinte, para alcançar os fins que lhes são inerentes, o Estado deve desenvolver certas atividades que visem a suprir as necessidades dos administrados.

A função estatal é tripartida em executiva, legislativa e jurisdicional, e cada uma dessas funções é atribuída a um órgão criado pelo Estado exatamente para exercê-la⁴.

⁴ Segundo o sistema de organização e funcionamento do poder estatal de Montesquieu, o Estado, para desempenhar suas funções, pode criar órgãos distintos e autônomos em correspondência com a diversidade de funções que deve desenvolver (apud Rocha, 2003, p. 76-78).

A função jurisdicional consiste na aplicação do Direito e foi atribuída ao poder Judiciário, que a exercita através de seus agentes, os juízes, que, em regra⁵, solucionarão os conflitos de interesses levados à apreciação do referido poder.

Estabelecida a relação processual, o juiz pronunciará a vontade do Estado através de despachos de mero expediente, decisões interlocutórias e sentenças, atos que podem vir a causar danos aos sujeitos da relação processual.

Anteriormente estudamos que, em nosso ordenamento jurídico, o Estado poderia ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados pelos atos omissivos ou comissivos, lícitos ou ilícitos de seus agentes. Porém, durante muito tempo se entendeu que os atos executados por juízes não poderiam ensejar a responsabilidade do Estado, predominando, numa determinada época, a teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais danosos.

Para refutar a teoria da responsabilidade, os pregadores da teoria da irresponsabilidade defendiam os seguintes argumentos:

a) O Judiciário é soberano, tanto que seus atos (despachos, decisões interlocutórias e sentenças) expressam a soberania nacional, não podendo, portanto, o referido poder ser responsabilizado pelos seus atos, pois, de forma semelhante ao rei no estado absolutista, o poder Judiciário está acima da lei;

b) o temor de causar dano, originado da responsabilização do Estado por atos judiciais, poderia restringir a independência dos magistrados no exercício de suas funções;

c) os juízes não podem ser classificados como agentes do Estado;

d) atribuir responsabilidade ao Estado por ato judicial eivado de erro pode agredir a regra da imutabilidade da coisa julgada.

Em contrapartida, para ilidir os argumentos acima mencionados, os partidários da teoria afirmativa da responsabilidade do Estado dizem o seguinte:

a) O Judiciário não é soberano, pois, assim como os demais poderes, devem obediência à Constituição e à Lei. A soberania é exercida exclusivamente pelo Estado, tanto que não há nenhum poder superior ao dele;

b) a independência do juiz não corresponde à falsa idéia de infalibilidade e intangibilidade proposta pelos defensores da teoria da irresponsabilidade, portanto, responsabilizar o Estado não opera a restrição da independência dos juízes, pois, a independência é um predicado conferido a todos os poderes;

c) o magistrado é agente público, ocupante de cargo criado por lei e submisso à regra imposta pelo art. 37, §6º da CF/88. A doutrina configura magistrado modernamente como agente político e detentor de cargo vitalício;

⁵ Em hipóteses específicas, o poder Judiciário, além de sua função precípua, exercerá funções administrativas, como as decorrentes do poder hierárquico sobre seus servidores, ou como a jurisdição voluntária, ou mesmo legislativa, no exercício do poder regulamentar (elaboração do regimento interno dos tribunais, por exemplo).

d) o dever de indenizar do Estado não fere a regra da imutabilidade da coisa julgada, pois, ele mesmo irá indenizar o administrado pelo prejuízo sofrido, mas a coisa julgada permanecerá intacta; em outras palavras, a decisão judicial causadora do dano continuará a valer para as partes vinculadas pela mesma, exceto nas hipóteses de rescisão da sentença de mérito, transitada em julgado, previstas pelo art. 485, do Código de Processo Civil.

Conseqüentemente, não há empecilhos em responsabilizar o Estado por atos praticados por uma de suas funções, a judiciária; na realidade, o contrário, isto é, não responsabilizar o Estado pelo erro cometido por seu agente na prática de atos de jurisdição, configuraria denegação de justiça.

Salientamos que, no que tange o assunto em discussão, a doutrina ainda não é pacífica, porém diversos doutrinadores já aceitam a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais⁶.

Em recente oportunidade, o Supremo Tribunal Federal demonstrou que admite a responsabilidade do Estado por atos judiciais ao decidir da seguinte forma:

A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual — responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições —, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88 (RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12/04/02).

A supracitada decisão afirma que a legitimidade passiva, em ações relativas ao assunto da responsabilidade por erro em atos jurisdicionais, é reservada ao Estado, que terá direito de regresso contra o agente causador do dano, quando este tiver incorrido em dolo ou culpa; em outras palavras, a referida decisão confirma a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de erro nos atos jurisdicionais.

⁶ Dentre outros, Lúcia do Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcelo Sampaio Siqueira e Carlos Roberto Gonçalves aceitam a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Por conseguinte, a vítima do dano deverá interpor ação indenizatória contra o Estado, que, mediante constatação do dano e do nexo de causalidade, será obrigado a indenizar, não sendo a verificação de culpa necessária.

Ainda analisando a aludida decisão, é conveniente trazer à baila o fato de o magistrado ter sido declarado parte ilegítima naquela relação jurídica.

O CPC, em seu artigo 133, preceitua que a responsabilidade pessoal do julgador ocorrerá quando o mesmo agir dolosamente ou fraudulentamente no exercício de suas funções, ou quando o juiz recusa, retarda, ou omite, sem justo motivo, providências que deva determinar de ofício ou a requerimento das partes, desde que, cientificado pelo escrivão, não o faça dentro do lapso temporal de dez dias.

Segundo Siqueira (2001, p. 205), o ato emanado pelo juiz poderá acarretar, em linhas gerais, as seguintes conseqüências: a) de natureza penal, quando o magistrado tiver cometido algum ilícito penal; b) de natureza disciplinar, quando o magistrado poderá sofrer sanções funcionais adotadas pela própria magistratura; e c) de natureza patrimonial, quando o juiz responderá diretamente à vítima ou ao Estado em sede de ação regressiva.

A doutrina preceitua que o magistrado somente será responsabilizado pessoalmente nos casos previstos em lei, como o do artigo 133 do CPC, porém, as possibilidades da responsabilidade pessoal do magistrado devem ser ampliadas.

Machado (2004, p.468-470), ao apontar o caminho para a inibição das sanções políticas⁷, diz que, enquanto a autoridade pública não for responsabilizada pelas práticas ilegais, ela continuará a agir de forma arbitrária, porque não está preocupada com a ilegalidade e, mesmo diante da responsabilização da entidade pública, a ilegalidade continua a ser praticada, pois, o instituto consagrado no artigo 37, §6º da CF/88 não possui eficácia, no primeiro momento, contra o agente, que certamente procrastinará o desfecho da questão e entregará o problema da indenização ao seu sucessor, porém, a partir do momento em que a autoridade sentir-se responsabilizada, pessoalmente, pela conduta ilegal ou abusiva, certamente passará a refletir antes de prosseguir em sua prática.

O instituto da ação regressiva, que poderia inibir a conduta ilegal da autoridade, está falido, pois, uma vez prestado o dever de indenizar, o Estado não tem buscado o ressarcimento do erário junto aos agentes públicos, contrariando a regra da indisponibilidade do instituto da ação regressiva.

O escopo da sugestão que ora apresentamos não é o de permitir que as partes responsabilizem o juiz por quaisquer prejuízos causados pela decisão proferida acertadamente em favor da parte adversária, mas é o de ofertar um instrumento apto a inibir a conduta ilegal da autoridade judiciária.

⁷ Sanções políticas são formas inconstitucionais de restringir os direitos do contribuinte que objetivam coagir o mesmo a pagar os tributos (Machado, 2004, p.468).

Portanto, concluímos que o juiz pode ser responsabilizado pessoalmente pelos seus atos e que, diante da falência do instituto da ação regressiva, e dos prejuízos que a denúncia da lide acarretam ao lesado, este é o melhor meio de inibição de condutas ilegais do juiz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o exposto, analisamos a teoria da responsabilidade do Estado e constatamos que, segundo o dito art. 37, §6º da CF/88, esta responsabilidade é objetiva, salvo na hipótese de omissão, e que a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva, e concluímos que o Estado pode responder objetivamente por atos judiciais eivados de ilegalidade ou erro e que a atribuição de responsabilidade pessoal aos juízes é possível.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DALLARI, Adílson de Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2 ed. São Paulo: RT, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Responsabilidade do Estado: Erro Judicial praticado em ação cível**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

STATE RESPONSIBILITY FOR JURISDICTIONAL ERROR

Abstract: This work examines the controversial matter of the responsibility of the state due to error practiced in the jurisdictional arena. It will be demonstrated the possibility of attribution of objective responsibility to the state and the subjective to the damage's causing agent (judge). The study is based on documentary research, with emphasis on doctrine and jurisprudence.

Keywords: Responsibility. State. Jurisdiction. Error. Judge.

Súmula Vinculante: Uma Análise à Luz do Princípio da Separação dos Poderes e do Livre Convencimento e Independência do Juiz

RAFAELA LIMA TEIXEIRA

Aluna da FA7, orientada pelo prof. Jânio Nunes Vidal.
rafaelalimat@hotmail.com

Sumário: 1) Introdução; 2) Separação dos poderes; 3) Poder Judiciário, as leis e a função interpretativa; 4) Súmula vinculante; 5) Súmula vinculante e o livre convencimento e independência do juiz; 6) Súmula vinculante e a separação dos poderes; 7) Considerações finais; 8) Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo analisou a súmula vinculante à luz do princípio da separação dos poderes e do livre convencimento e independência do juiz. Para tanto, apresentaram-se os termos em que a súmula vinculante foi aprovada e se mostrou que o moderno entendimento do princípio da tripartição dos poderes acolhe o exercício da atípica atividade legislativa por parte do Poder Judiciário em razão da finalidade do instituto, qual seja, a prestação jurisdicional isonômica e eficaz. Será pontuada que a atividade judiciária envolve a interpretação da norma legal, e que a interpretação vinculante do Supremo Tribunal Federal não retira toda a independência e o livre convencimento do juiz, dado que lhe caberá, no julgamento do caso concreto, verificar se existem particularidades que determinam a aplicação da súmula ou seu afastamento motivado. O livre convencimento e a independência do juiz podem ser relativizados em prol da garantia de isonomia para os destinatários da atividade jurisdicional. Ressalta-se que a interpretação conferida pelo STF à norma corresponderá a melhor interpretação possível em consonância com a Constituição Federal, e não parece excesso da Corte Suprema vincular seu entendimento aos demais órgãos judiciais e à administração.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Tripartição dos poderes. Livre convicção e independência do juiz.

1 INTRODUÇÃO

A súmula vinculante foi recentemente inserida no contexto jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45/04, denominada Reforma do Judiciário.

A referida reforma ambientou-se em um momento marcado pela justiça brasileira que encontrava-se sobrecarregada com o grande número de processos em tramitação, pela crise judiciária instalada no país em decorrência da ineficácia da prestação judicial, diante de sua lentidão e pelos julgamentos de casos iguais culminarem em sentenças distintas, variando em função da região, vara, câmara ou seção que as efetuou.

A súmula vinculante foi apresentada como um dos instrumentos para sanar esses problemas enfrentados pelo sistema jurisdicional brasileiro.

Entretanto, enorme discussão doutrinária envolve este instituto. Sua constitucionalidade é amplamente questionada, sendo apontado contra este preceito judicial ofensa ao princípio da legalidade, restrição à livre convicção e independência do julgador, cerceamento do direito ao acesso ao judiciário, o desrespeito à separação dos poderes e a paralisação da evolução do direito brasileiro, que tem como uma de suas molas propulsoras a divergência existente na interpretação das leis pelos juízes.

Por outro lado, posições doutrinárias a favor se fundamentam na isonomia processual e na segurança jurídica.

Não cabe neste trabalho esgotar todas as discussões sobre o tema. O enfoque do presente estudo será a análise da súmula vinculante à luz do princípio da separação dos poderes e da livre convicção e independência do julgador, com a utilização da metodologia do estudo bibliográfico.

Breves considerações históricas acerca do princípio da separação dos poderes serão apresentadas, buscando demonstrar a evolução do entendimento deste princípio até a sua moderna compreensão, tudo para tornar possível uma análise crítica da súmula vinculante face à tripartição dos poderes.

A função do Poder Judiciário, na aplicação da norma, também será debatida, discutindo se o ato jurídico é meramente declaratório ou se é possível criar o direito.

O instituto da súmula vinculante será exposto, demonstrando o seu funcionamento e sua viabilidade no sistema romano-germânico adotado no Brasil dominado pela primazia da lei.

Mostrar-se-á em que a súmula limita os juízes e se esta limitação impede seu livre convencimento.

Ao final, espera-se restar comprovado que a súmula vinculante não afronta o princípio da separação dos poderes e o livre convencimento e independência dos juízes

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes, consagrada por Montesquieu, surgiu como uma forma de conter o absolutismo do governo à época. A arbitrariedade com que os governantes agiam tinha respaldo na concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa ou um pequeno grupo, o que ocasionava o completo desrespeito às liberdades individuais. No dizer do referido autor, que fora citado pelo jurista Dalmo Dallari, quando na mesma pessoa o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade; falta a confiança por se temer que esse monarca ou esse senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (2005, p.215)

Por essa teoria, destacava-se a necessidade de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário fossem exercidos por órgãos distintos, harmônicos e independentes entre si.

Importante ressaltar que o momento histórico (Séc. XVIII) de consolidação da teoria correspondia à ascensão da burguesia ao poder, que convergia suas forças na tentativa de enfraquecer o poder da nobreza para garantir uma maior liberdade individual.

Dessa forma, conforme assevera Dalmo de Abreu Dallari, inicialmente, o fim exclusivo da teoria da separação dos poderes era a proteção da liberdade e apenas mais tarde o objetivo foi estendido para o aumento da eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados (2003, p.215).

Modernamente, a complexidade das relações sociais exigiu que a separação dos poderes fosse vista com temperamentos. Os poderes não são compartimentos estanques, permitindo o exercício de atos de competência dos demais justamente para garantir uma maior eficiência ao Estado e proteção aos direitos dos particulares.

Salienta Alexandre de Moraes sobre o moderno entendimento do princípio da separação dos poderes, *in litteris*:

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia da Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controle recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*). (2003, p. 373)

Assim, dispôs a Carta Magna brasileira, que conferiu a possibilidade do exercício atípico de funções dos outros poderes.

Exemplificando, o Executivo, consubstanciado pelo Presidente da República nesta competência, pode, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias com força de lei, praticando atos de atribuição técnica do Legislativo.

Caso contrário, a excessiva lentidão e morosidade legislativa, ao qual o Executivo estaria subordinado, traria substanciais prejuízos à sociedade.

3 PODER JUDICIÁRIO, AS LEIS E A FUNÇÃO INTERPRETATIVA

O Poder Judiciário tem como função típica a jurisdicional. Ao lhe ser apresentado um conflito de interesses na sociedade, aplica-se, para resolução da lide, a norma ao caso concreto.

Primeiramente, convém tecer algumas observações acerca das leis e da legitimidade democrática do Poder Legislativo:

A competência para a elaboração das normas jurídicas é conferida prioritariamente ao Poder Legislativo. Os legisladores são representantes do povo, eleitos periódica e diretamente, o que dá legitimidade para que confeccionem as regras que restringirão as liberdades individuais, em prol de possibilitar o convívio em sociedade.

A legitimidade que o sufrágio lhes imprime, aliada ao fato de as leis constituírem normas gerais e abstratas, dirigidas a um número indeterminado de pessoas, não se podendo saber previamente a quem irão atingir, confere às leis elaboradas pelo Poder Legislativo uma certeza e segurança para convivência social, permitindo a liberdade e garantindo um tratamento igualitário, muito embora apenas formalmente, entre os homens (Vidal, 2005, p. 19).

Quando ocorre violação da lei, abre possibilidade para o particular lesado ajuizar uma ação no Poder Judiciário para requerer o seu cumprimento.

O Poder Judiciário, contudo, não possui o caráter de representatividade do povo, por não ser por este eleito, sendo impossível a sua criação do direito. Este é um forte argumento levantado pela corrente doutrinária que defende que o juiz, no ato de aplicação da norma, não poderá interpretá-la, pois se dessa forma agisse, estaria criando o direito.

Sobre a atividade julgadora do Poder Judiciário, Álvaro Cruz afirma:

a teoria da separação dos poderes trouxe consigo uma concepção própria para uma teoria da decisão judicial. Enquanto a legislação traduzia-se por um ato de vontade do povo, por meio de seus representantes, a decisão judicial traduzia-se por um ato de ciência, um ato de cognição da vontade do legislador. O Judiciário, ao decidir, deveria simplesmente aplicar ao caso concreto uma decisão política fixada anteriormente pelo legislador. Seu ato seria neutro politicamente. A aplicação do Direito deveria ser despida de qualquer preferência pessoal do julgador, vez que lhe incumbia apenas conhecer os valores impostos por quem lhe teria legitimidade para tanto. (Vidal, 2005, p. 19)

Por tal entendimento, o juiz deveria aplicar a lei da forma que ela foi formulada, sem lhe ser possível interpretá-la, devendo apenas declarar a vontade do legislador, sob pena de conflitar com o princípio da separação dos poderes.

Hans Kelsen discorda ser a atividade do juiz meramente declaratória, posto que a lei apenas define parâmetros gerais. “A norma geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual.” (2000, p.272)

Essa norma jurídica individual, para ser produzida, precisa passar pela via interpretativa do aplicador do direito, uma vez que as particularidades que se constatarem no caso concreto não foram expressamente regulamentadas na norma legal. Assim pensa David Schnaid, que afirma que “ a raiz latina – *inter* – da palavra indica que o intérprete se coloca ‘entre’ o ordenamento jurídico e os fatos que lhe são apresentados.” (2004, p. 272) Este doutrinador explica que quando o hermenêuta vai aplicar o direito, a situação sobre a qual será proferida o julgamento normalmente não se apresenta como na previsão normativa, necessitando-se, assim, adaptar a legislação existente ou criar a norma individual.

Caso houvesse concordância com a corrente que defende que o ato judicial é meramente declaratório, estaria afirmando ser imprescindível que o legislador previsse todos os dissídios que pudessem surgir na sociedade.

As inimagináveis particularidades de cada caso obrigam o legislador a emitir normas gerais e abstratas, para atingir um número indeterminado de situações. Entretanto, devido à infinita diversidade de situações que ocorrem no cotidiano, por vezes acontece do fato não ter sido abrangido diretamente por lei alguma. Ocorre que, pelo art. 5, XXXV, o Poder Judiciário não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito, independente de no ordenamento jurídico estar prevista diretamente sua solução.

Tal entendimento poderia obstacularizar a atividade judiciária na resolução dos conflitos na sociedade.

Sobre o ordenamento jurídico, diz Schnaid:

As leis e, em geral, todas as normas jurídicas, são elaboradas para serem *complementadas pela interpretação*, pois em caso contrário far-se-ia necessário um número inimaginável de normas extremamente complexas e tediosas e, ainda assim, estaria incompleto. (2004, p.272)

O juiz, ao deparar-se com um caso em que não há uma lei que regulamente a situação apresentada, não poderá, contudo, agir discricionariamente. O intérprete irá procurar a solução dos conflitos dentro da ordem jurídica, pois o ordenamento jurídico é considerado completo, configurando esta plenitude uma garantia contra a subjetividade do juiz. Aparentes lacunas deverão ser preenchidas por princípios gerais do direito, por analogia e pelo direito consuetudinário.

Para solução de casos concretos em que há leis ou princípios conflitantes, precisará o jurista realizar uma ponderação das normas, para se extrair a melhor solução.

Nesse diapasão, colaciona-se a doutrina de Carlos Cóssio, citada por David Schnaid *não se interpreta a norma, uma lei*. Extrai-se a regra a aplicar, *de todo o ordenamento jurídico*, como uma totalidade sistematicamente estruturada, em face do caso concreto. (2004, p. 274)

4 SÚMULA VINCULANTE

Da pacificação sobre a possibilidade de o juiz criar direito ao aplicar a norma ao caso concreto, descortina-se o ponto fundamental do trabalho: o direito criado poderá ter efeitos gerais tal como se confere a norma legal criada pelo Poder Legislativo ou a natureza geral da súmula vinculante afronta o princípio da separação dos poderes? A obrigatoriedade de adotar-se a interpretação estabelecida pela súmula limita o livre convencimento e a independência do juiz?

O sistema jurídico brasileiro foi influenciado pelo direito europeu e filiou-se à família romano-germânica, em cujo sistema há a prevalência do processo legislativo. Em outra vertente, encontram-se os ordenamentos jurídicos de tradição anglo-americana, em que o direito aparece principalmente em decorrência dos usos e costumes e da jurisdição do que pela atividade legiferante.

A respeito da diferenciação dos sistemas jurídicos em *common law* e em *civil law*, Kelsen diz:

a teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam o Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito, mas apenas aplicam o Direito já criado. Esta teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio (2000, p.283)

Realmente tem-se observado nos últimos anos uma maior aproximação entre os dois sistemas, seja pela promulgação de leis pelos países filiados ao *common law*, seja pela maior importância conferida aos precedentes judiciais no direito de tradição romanística. O conferimento de *status* vinculante as súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal denota a relativização do dogma da supremacia do parlamento presente em nossa ordenação.

A súmula vinculante tem como pressupostos de validade enunciados jurisprudenciais de exclusiva edição do Supremo Tribunal Federal em que há a

revelação do entendimento predominante desta Suprema Corte sobre determinada matéria constitucional, após reiteradas decisões acerca do assunto, conforme o art. 103, A da CF/88.

Para se submeter uma súmula à aprovação, pode o STF agir de ofício ou por provocação do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de Estado ou do Distrito Federal, do Procurador-Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de Partido Político com representação no Congresso Nacional e de Confederação Sindical ou de Entidade de Classe de âmbito nacional. O *quorum* necessário para a aprovação é de dois terços dos membros do STF, conforme preconiza o art. 103 da Constituição Federal Brasileira.

Após a publicação na imprensa oficial, o preceito jurídico vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

As matérias abrangidas pelo instituto em tela deverão ter referência à questão de direito, em que se observe divergência em caráter genérico e reiterado. A súmula se prestará a decidir sobre a constitucionalidade das leis, sobre a melhor interpretação das normas em confronto com os ditames constitucionais, bem como sobre sua exigibilidade ou, nos termos da Carta Magna: “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas ...” (CF/88, art. 103-A, §1º)

Para não restar dúvida acerca dos objetivos da súmula, merece que seja transcrito os ensinamentos de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci, em suas reflexões sobre as súmulas vinculantes:

Controvérsia sobre a validade, na seara constitucional, é divergência atinente à constitucionalidade de norma infraconstitucional concreta. Controvérsia sobre a interpretação é desacordo sobre o melhor significado de determinado dispositivo de acordo com os ditames constitucionais. Controvérsia sobre a eficácia é dissenso sobre a coercibilidade jurídico-social de normas determinadas, no tempo e no espaço. (2005, p. 309)

As normas sobre as quais haverá a produção de súmula vinculante necessitam ser palco de controvérsia entre os órgãos judiciais, ou entre esses e a administração pública, e esta discórdia deve ser causa de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Delimitaram-se os preceitos legais que a súmula poderá tratar. A obviedade das regras que precisam ter assentado entendimento do Tribunal Supremo serem aquelas que despertam conflitos de interpretação entre os juízes, tribunais e administração pública não foi suficiente para os constituintes derivados deixarem implícito este comando.

Por certo, procurou-se evitar a incidência de súmulas vinculantes em questões pacíficas, buscando limitar a atividade legislativa do Poder Judiciário para as querelas em que a sociedade se veja em ambiente instável, no qual a divergência existente em torno do dispositivo legal funcione como uma espécie de loteria, uma vez que as sentenças que lhe são decretadas variam em razão da vara, da turma ou da região em que as ações são julgadas.

O julgamento de casos análogos, em que há a mesma lei regulamentando a situação litigiosa, com resultados distintos, leva o jurisdicionado a questionar a isonomia na aplicação legal. Ora, se todos devem ser tratados igualmente perante a lei e as relações jurídicas postas em confronto eram semelhantes, o fato de não ter havido identidade na decisão judicial definitiva faz surgir a possibilidade dos sucumbentes impetrarem recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, sob a alegativa de violação do princípio constitucional da isonomia, norteador do Estado Democrático de Direito. Deste desentendimento jurisprudencial será originada uma avalanche de ações repetitivas que inundam as prateleiras da Corte Suprema. Em prol da segurança jurídica dos particulares e da celeridade processual, buscou-se, nessa perspectiva, extingüir este cenário no judiciário brasileiro.

O parágrafo 2º do Art. 103 – A da Constituição Federal de 1988 estatui, *in verbis*:

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

A súmula vinculante não impedirá a renovação do direito. Será um processo mais dificultoso para se afastar a interpretação vinculada, mas a Constituição prevê essa possibilidade através de revisão ou cancelamento da súmula.

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, citado por Enéas Castilho Chiarini Júnior, afirma que:

é certo que a ordem jurídica deve proporcionar aos julgados da Corte Suprema e do Superior Tribunal de Justiça maior eficácia do que às decisões de tribunais de menor hierarquia. No entanto, o efeito vinculante de suas decisões sumuladas não pode ser aceito, se causar paralisia no desenvolvimento de nosso direito e das letras jurídicas do país. (2006, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248>>)

Bem se vê a precipitação das considerações tecidas pelo autor. A súmula não está alheia a entendimentos contrários. Contudo, exige um processo distinto para ser revisada ou cancelada.

Por fim, para encerrar a exposição sobre esse novo instrumento jurídico, precisa-se mencionar que caso um ato administrativo ou uma decisão judicial contrarie súmula aplicável ou a aplique indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal 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. (Art. 103 – A, § 3º, CF/88)

5 SÚMULA VINCULANTE E O LIVRE CONVENCIMENTO E INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

É impossível imaginar o ato interpretativo em que não haja a consideração das particularidades do caso concreto (Schnaid, 2004, p.276 e 277)

À primeira vista, pode-se extrair desta afirmação o entendimento de que a interpretação inafastável de normas jurídicas é incompatível com a livre convicção e a independência do juiz. Entretanto, uma análise mais profunda faz cair por terra esta compreensão.

Se, no exame das particularidades do caso concreto, o juiz considerar não ser aplicável a súmula vinculante, existe a possibilidade de ser afastada sua incidência motivadamente.

Sobre esta questão, Hans Kelsen pontuou:

A decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. (2000, p.278)

O juiz, mesmo estando submetido a aplicar o instituto em tela, procede à interpretação, já que necessita aferir se as especificidades do caso concreto não determinam a não aplicação da súmula.

Para Enéas Castilho Chiarini Júnior, entretanto, a súmula com efeitos ultra-partes viola o livre convencimento do juiz. Em seu dizer:

Como o direito brasileiro adota o sistema do livre convencimento fundamentado do juiz, este não está obrigado a seguir o entendimento das súmulas editadas pelos tribunais, que somente servem como orientação para os juízes, que podem, ou não, acolher tais entendimentos em seus julgados de inferior instância. (2006, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248>>)

O que se tornou imprescindível foi o respeito à interpretação dada ao STF em todas as circunstâncias em que a súmula possa ser aplicada. Ora, cabe a este tribunal o zelo pelas questões constitucionais e não pode ser considerado excesso a competência que lhe foi dada para dar a melhor interpretação à norma segundo os preceitos constitucionais, para decidir sobre sua constitucionalidade e exigibilidade.

Importante observar que o princípio do livre convencimento do juiz, embora seja corolário do devido processo legal e da independência do magistrado, não deve ser entendido em termos absolutos. A isonomia processual garantida pela súmula justifica a relativização do livre convencimento do juiz quanto à interpretação da norma a ser aplicada. Ressalte-se que subsiste a independência com relação ao julgamento da situação concreta e da interpretação sobre a incidência da súmula.

6 SÚMULA VINCULANTE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Questiona-se a superioridade que a súmula vinculante se posicionou ante a lei. Caso se considere que a norma legal ainda é passível de interpretação, ao passo que a súmula já a engloba, não podendo afastar a interpretação conferida pelo STF, com exceção da possibilidade supracitada, realmente é vislumbrado a sobreposição da súmula ante a norma legal.

Vale a pena diferenciar esses dois preceitos.

Novamente serão aproveitados os ensinamentos dos nobres doutrinadores Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci:

a súmula vinculante constitui enunciado interpretativo de comando normativo preexistente. Não é a súmula quem cria o comando, mas o ato normativo existente... A súmula vinculante, portanto, determinará o significado válido da norma infraconstitucional que está em acordo com os ditames constitucionais hierarquicamente superiores, ou fixará o significado que está em desacordo, segundo entendimento sedimentado em reiteradas decisões anteriores. (2005, p. 314 e 315)

A súmula vinculante, como muito bem exposto, não criará direito material novo, apenas determinará como a norma jurídica deve ser interpretada. No entanto, apresenta os efeitos semelhantes ao da lei: a obrigatoriedade, a abstração e a generalidade, servindo de baliza para os juízes e para os jurisdicionados.

De fato a súmula vinculante carrega todas essas características.

A obrigatoriedade é verificada na vinculação aos órgãos judiciários e à administração pública direta e indireta em todas as esferas e na possibilidade de o

STF, mediante ter sido provocado por reclamação, anular ato administrativo e cassar decisão judicial se houver a contrariedade de súmula aplicável ou sua aplicação indevida, conforme explicado no Capítulo referente à súmula.

A não existência de destinatário específico ou o fato de não ser dirigido à situação particular consiste na abstração.

Por fim, a generalidade relaciona-se à extensão dos efeitos *erga omnes*.

Bem nítida é a diferença entre a súmula vinculante e a lei, apesar da igualdade de seus efeitos.

De importante valor para a análise da súmula, ante o princípio da separação dos poderes, é o fato de o referido instituto não constituir limitação material para a elaboração das normas jurídicas pelo Congresso Nacional, restando preservada a competência legislativa do respectivo órgão.

A lei posterior poderá dispor sobre matéria tratada em súmula vinculante, inclusive a revogando, caso regulamente de forma diversa do conteúdo da súmula.

Pelo parágrafo 2º do art. 103-A da Constituição, infere-se que a súmula vinculante não obsta o exercício da atividade legislativa. Dessa forma, retira-se a idéia de superioridade da súmula perante a lei. A súmula não revoga a lei, nem realiza-se contra legis, apenas obriga que esta seja interpretada de igual maneira do Supremo Tribunal Federal.

Entendimento discrepante a esse serviria de baliza para a corrente doutrinária que indica estar o princípio da separação dos poderes sendo aquebrantado por este preceito, impingindo uma inconstitucionalidade ao instituto em decorrência deste argumento por força deste princípio ter sido eleito pelos constituintes originários como cláusula pétreia.

A tripartição dos poderes, conforme dito alhures, não deve ser interpretada rigidamente. A súmula vinculante compreende um ato de cunho jurídico, a interpretação, com efeitos análogos ao da norma legal, sendo, por tal turno, considerada atividade legislativa.

Entretanto, observou-se que sua inserção no ordenamento jurídico tem o objetivo de fazer com que a atividade judiciária tenha aplicação isonômica em todo o território, seja em qual vara ou tribunal aconteça o julgamento. As particularidades do caso, em existindo demonstração cabal da necessidade de julgamento diferente da hipótese da súmula, possibilitam, fundamentadamente, o afastamento de sua incidência.

Assim, dado que o objetivo do instituto tenha sido a proteção de direitos dos cidadãos, qual seja, o tratamento isonômico, dando-lhes segurança jurídica e conferindo maior eficiência ao Estado, justificável a autorização do Poder Judiciário, excepcionalmente, realizar a atividade legislativa.

A forma não deve ser superior à finalidade para o qual o princípio foi criado.

Deve-se ressaltar que essa extra-atividade judiciária inseriu-se no ordenamento através de Emenda Constitucional. Os próprios representantes do povo pertencentes ao Poder Legislativo que a editaram.

Importante lembrar novamente que a atividade legislativa não se quedou prejudicada pela súmula vinculante.

Sobre a atividade do Judiciário e a tripartição dos poderes, afirma Mancuso:

Justamente porque dentre nós a tripartição dos Poderes não opera, como visto, como um dogma intransponível, verifica-se que, por vezes, a atuação do Poder Judiciário acaba por projetar reflexos nas searas dos demais. Assim se dá em face do Legislativo, quando uma lei é declarada inconstitucional, e é oficiado o Senado para que promova à supressão do texto indigitado (CF, arts. 102, I, *a*, e 52, X); ou, em face do Executivo, quando é acolhida uma ação direta interventiva (CF, art. 34, VII, *c/c* art. 36, III); ou mesmo quando a Justiça Eleitoral declara inelegível um governante (Lei 4.737/65, art. 22, I, *j*); enfim, quando se ordena a inclusão de precatório judicial na ordem cronológica de pagamentos (CF, art. 100). Ocorrências como essas, numa leitura mais apressada, podem induzir a impressão de que o Judiciário configura um supra Poder, mas, a rigor, cuida-se de aplicação do sistema de *freios e contrapesos*, a impedir a exarcebação de um Poder em face dos demais. E, depois, não poderia mesmo ser diferente, porque a lei obriga a todos, indistintamente, mas é o *Judiciário* o seu intérprete e aplicador, em caráter de definitividade. (2001, p. 94)

A súmula vinculante apenas teve como propósito conferir maior eficácia à prestação jurisdicional do Estado. A impossibilidade do legislador abarcar todas as situações rotineiras, sua necessidade de, na maior parte das vezes, editar normas com teor genérico para abranger o maior número de casos possíveis gerou ações repetitivas que elevam sobremaneira o número de processos no Judiciário, em que uma interpretação definitiva da norma poderia findar ou ao menos diminuir o problema.

Não parece correto submeter os jurisdicionados a longos períodos para julgamento de ações que por fim terminarão no Supremo Tribunal Federal, que aplicará o seu entendimento sobre a matéria.

Se a atividade legislativa do Poder Legislativo é complementada pelo Poder Judiciário, sem prejuízo para seu exercício, não justifica apontar violação da tripartição dos poderes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou comprovado que a súmula vinculante não ofende o princípio da separação dos poderes.

O moderno entendimento deste princípio não considera cada poder como um compartimento estanque. A separação dos poderes, interpretada com ressalvas atualmente, possibilita o exercício de atividades atípicas pelos outros poderes.

Deve ser destacada a finalidade para a qual o princípio foi criado, qual seja a proteção das liberdades individuais. Posteriormente, seus objetivos foram ampliados, abrangendo a intenção de dar maior eficiência ao Estado.

A súmula vinculante foi criada para que a atividade legislativa seja prestada isonomicamente e com maior agilidade, proporcionando segurança jurídica aos cidadãos.

Outro ponto em que se demonstra a não violação do princípio da separação dos poderes é o fato de a atividade legislativa não se mostrar comprometida pelo discutido instituto, por a súmula não constituir limitação material à lei e por poder ela ser revogada por norma legal posterior.

Com relação à livre convicção e independência do juiz, também foi demonstrada a compatibilidade da súmula com este princípio.

Subsiste a atividade interpretativa do juiz, que necessita aferir no caso concreto através do exame de suas particularidades se a súmula vinculante é aplicável ou não. Em caso de incidência da súmula, haverá a obrigatoriedade da observância da interpretação do Supremo Tribunal Federal.

O princípio do livre convencimento e da independência do juiz deve ser relativizado frente à importância da aplicação isonômica da lei para os jurisdicionados.

A súmula vinculante possui inúmeros outros pontos de discordância. O presente trabalho se propôs a responder apenas as indagações sobre a existência de afronta ao princípio da separação dos poderes e de limitação do livre convencimento e independência do Juiz. Não é possível, baseado apenas neste estudo, declarar a súmula constitucional, dado que os outros questionamentos quedaram-se sem resposta.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHNAID, David. **Filosofia do direito e interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, A. R. LENZA, P. ALARCÓN, P. J. L. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: LAMY, M. CONCI, L.G.A. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

VIDAL, Jânio Nunes. **Democracia e constitucionalismo: Princípio da maioria e legitimidade da jurisdição constitucional.** 2005. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional) – Universidade Federal de Fortaleza, Fortaleza, 2005.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no direito brasileiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248>> Acesso em: 22 maio 2006.

STARE DECISIS: AN ANALYSIS ACCORDING TO THE PRINCIPLES OF SEPARATION OF POWERS AND FREE CONVINCEMENT AND INDEPENDENCE OF THE JUDGE.

Abstract: This study focuses Brazil's new juridical institute, called 'súmula vinculante' (*stare decisis*). It will be analyzed under the perspective of the principles of separation of powers, the free conviction and the independence of the judge.

Keywords: *Stare decisis*. Abridgment of law. Juridical principles.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

- I. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar artigos jurídicos, cujos originais serão submetidos a exame pelo Conselho Editorial.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.

- II. O Conselho Editorial informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Os originais não serão devolvidos.
 - b) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - c) Alterações substanciais serão solicitadas pelo Conselho Editorial ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - d) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.

- III. Os originais submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, conforme abaixo:
 - a) em uma via impressa em papel tamanho A4, letra Arial, corpo 12, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas e impressas em um só lado;
 - b) em MS Word (.doc), em versão 6.0 ou superior, gravado em disquete ou cd;
 - c) em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Manual de formatação de monografia jurídica, do curso de Direito da FA7, que se encontra disponível na biblioteca da faculdade e no seu sítio eletrônico;
 - d) para os textos classificados nos itens 'a' e 'b' da cláusula IV abaixo, com resumo, em português, e abstract, em inglês, com extensão de 80 a 100 palavras cada, mais três ou quatro palavras-chave (com respectivas keywords);

- IV. Os originais submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:
 - a) Estudos teóricos/ensaios – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras);
 - b) Relatos de pesquisa – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);

- c) Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) Ressonâncias – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) Resumos – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
- V.** Os originais submetidos para publicação deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor. O referido termo, que deverá ser enviado para o endereço postal da coordenação do curso, encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
- VI.** Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.
- VII.** Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

Fortaleza, 10 de setembro de 2006
Conselho Editorial.

