

IAP

IAP

IAP

IAP

IAP

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO



IAP

IAP

IAP

IAP

IAP



**REVISTA DO
INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE PERNAMBUCO**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO



DIRETORIA

BIÊNIO 1996-98

Presidente	: Luiz Pinto Ferreira
Vice-Presidente	: Marcelo da Costa Pinto Neves
Sec. Geral	: João Pinheiro Lins
2º Secretário	: Antonio Henrique Wanderley Cavalcanti
Tesoureiro	: Darley de Lima Ferreira

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

Organização e Edição: Luiz Pinto Ferreira

Comissão Editorial: Luiz Pinto Ferreira
João Pinheiro Lins
Lourival Vilanova
Marcelo Neves
Ricardo José da Costa Pinto Neto

Resp. Técnica: João Pinheiro Lins

Composição, Editoração e Arte Final: Bruvann Informática

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

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO - IAP

Rua do Giriquiti, 90

Telefone (081) 423.8155/ 268. 4461- Telex 2408

Fax - 55 - 081- 268. 4461

50.010- 240 Recife- Pernambuco- Brasil

Referência Bibliográfica

**REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE
PERNAMBUCO, Recife, v. 1 n. 1, 1996, Anual.**

1. Direito Periódicos

SUMÁRIO

	pags.
Apresentação.....	09

SEÇÃO I

DOUTRINA

1. Dimensões dos Direitos Fundamentais Prof.Dr. Willis Santiago Guerra Filho.....	13
2. Concretização Constitucional Versus Controle dos Atos Municipais Prof. Dr. Marcelo Neves.....	41
3. Ao Derredor da Causa Julgada Dr. André Dias Fernandes.....	69
4. Pontes de Miranda: Una Personalità Polyvalente Dr. Silvio de Macedo.....	99
5. Aristóteles e o Direito Político Dr. Oliveira Litrento.....	105
6. Apontamentos Para Estudos Sobre Martins Junior Dr. Josué de Oliveira Lima.....	121

SEÇÃO II

DISCURSOS

1. Discurso de Posse na Presidência do Instituto dos Advogados de Pernambuco Prof. Dr. Pinto Ferreira.....	127
2. Luiz Pinto Ferreira: Jurista e filósofo Dr. José Cavalcanti Neves.....	147
3. Barbosa Lima Sobrinho, Discípulo de Rui e Apóstolo da Cidadania Dr. José Cavalcanti Neves.....	155
4. Saudações Dr. Edmundo Antonio Siqueira Campos de Barros.....	165

SEÇÃO III

NOTÍCIAS

1. Novo Curso de Direito.....	169
--------------------------------------	------------

	pags.
2. Transmissão de Cargo do IAP.....	169
3. A Revista do Instituto.....	170
4. Tribunal de Justiça.....	170
5. Medalha de Mérito.....	170
6. Clube dos Advogados de Pernambuco.....	171
7. Homenagem.....	171
8. A Associação dos Advogados da Assistência Judiciária do Estado.....	172
9. José Paulo Cavalcanti.....	173
10. Jornada Civilista.....	173
11. a) Mandado de Segurança (Resenha Bibliográfica) Pinto Ferreira.....	173
12. b) Um Jovem Jurista Cearense (Pinto Ferreira).....	176
13. Habeas Corpus.....	179
14. O Advogado Arthur Marinho, Um Amigo Leal (João Pinheiro Lins).....	180
15. Ordem de Habeas Corpus Preventivo.....	185
16. Diretoria do IAP.....	194
17. Membros Natos do IAP.....	194
18. Membro Honorário do IAP.....	194
19. Presidente de Honra do IAP.....	194
20. Conselheiros do IAP.....	194
21. Novos Associados do IAP.....	195
22. Relação de Membros do IAP.....	195

APRESENTAÇÃO

Incumbiu-me o Sr. Presidente da parte burocrática da edição deste número da nossa Revista, adiantando de logo que deveria me responsabilizar pela sua apresentação. A matéria já me foi entregue selecionada, inclusive a de minha autoria referente à Homenagem ao Jurista Arthur Marinho. As únicas matérias desconhecidas pelo Presidente são as inseridas na secção NOTÍCIAS, que sempre foi de minha responsabilidade.

O Instituto está em boas mãos e este número da Revista é uma prova disso. Não fossem os entraves gráficos-burocráticos já teríamos acontecido. O consolo é que um segundo número já está preparado e está na parte final, mas sendo triturado pela máquina-gráfica.

**SEÇÃO
I
DOUTRINA**

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UFC)

1. Os direitos fundamentais podem ser estudados projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-los, como propõe ROBERT ALEXY, em sua *Habilitationsschrift* (tese de livre-docência) versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais (TDF), com apoio em seu mestre, RALF DREIER. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo.

A primeira dimensão em que devem se realizar os estudos da TDF é dita “analítica”, sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada “empírica”, por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também - e, principalmente - , na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a “normativa”, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tomando-se o que com maior propriedade se chamaria *doutrina*, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada.

Tomando inicialmente a dimensão analítica, em que se há de elaborar precisamente conceituais, em trabalho verdadeiramente construtivista, defrontamo-nos com a possibilidade - que logo se revela, igualmente, uma necessidade teórica - de situarmos os direitos fundamentais em várias dimensões, quando, então, assumem conotações e uma diversidade tal, que torna recomendável distinguí-las, nomeando-as diferentemente.

Uma primeira dessas distinções é aquela entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos". De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas - especialmente aquelas do direito interno.

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos "direitos de personalidade", por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittewirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com "direitos subjetivos públicos", pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estrutura constitucional de um direito fundamental. Além disso - e o que é mais importante - , como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (v., por todos, o manual de KONRAD HESSE, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se falar em seu "duplo caráter", preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela

onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva o *status* seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde "brotam" as demais, condicionando-as. Adiante, essa noção será esclarecida, quando abordarmos um determinado direito fundamental de natureza processual que, aliás, é clássico: o direito de ação.

Um outro sentido em que se pode falar em dimensões dos direitos fundamentais é naquele em que se vem falando em "gerações" desses direitos, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e, para alguns, como nosso Mestre PAULO BONAVIDES, também, já de uma quarta geração. A primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdade públicas, "direitos de liberdade" (*Freiheitsrechte*), que são direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omite-se de interferir em uma sua esfera juridicamente intangível. Com a segunda geração surgem direitos sociais a prestações pelo Estado (*Leistungsrechte*) para suprir carências da coletividade. Já na terceira geração concebe-se direitos cujo sujeito não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito à higidez do meio ambiente e do direito dos povos ao desenvolvimento.

Que ao invés de "gerações" é melhor se falar em "dimensões de direitos fundamentais", nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada - e, consequentemente também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.

2. Os direitos fundamentais possuem uma dimensão processual. Com isso, quer-se introduzir uma distinção que, como sempre, tem dois lados. Em um dos lados situa-se aquilo que há de processual nos direitos fundamentais, que são o seu aspecto garantístico, onde se tem direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais: Um catálogo deles foi fornecido em palestra proferida recentemente em Fortaleza por meu orientador no doutorado, Prof. Dr. WOLFGANG GRUNSKY:

(1º) Garantia da existência de independência dos juízes para proferirem suas decisões - o que pode vir a ser incrementado com alguma forma de controle externo;

(2º) Garantia de acesso à justiça, que não se esgota com a simples previsão do direito (individual) de ação, mas exige também uma efetividade social da prestação de tutela judicial, compensando aqueles mais desfavorecidos e atendendo a reclamos de celeridade, pelo desenvolvimento do processo cautelar e outras técnicas de elaboração judicial;

(3º) Garantia de tutela judicial para todas as posições jurídicas subjetivas, através tanto de um processo de conhecimento como de um processo de execução aptos a induzirem o adimplemento específico de obrigações fungíveis e infugíveis;

(4º) Garantia do devido processo legal, com previsão do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da oralidade e publicidade nos procedimentos;

(5º) Garantia de arbitragem privada.

Para bem entender o significado da caracterização desses princípios processuais como princípios constitucionais e como direitos fundamentais examinemos mais de perto dois deles. Pelo motivo que passo a explicitar, tomemos o princípio do contraditório e o direito de ação.

Primeiramente, lembremos que há na mais recente doutrina

italiana, posição sobre a natureza jurídica do processo, desenvolvida pelos professores da Universidade de Roma N. PICARDI e E. FAZZALARI, segundo a qual o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve-se buscar a participação daqueles, cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento¹.

Em consonância com essa noção, temos o inc. LV do art. 5º da nossa Constituição, ao determinar a observação do contraditório em todo processo judicial e administrativo. Daí podemos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo - e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães.²

Já naquele que pode ser considerado o primeiro trabalho a explorar em profundidade essa dimensão, a um só tempo processual e constitucional, o estudo de EDUARDO COUTURE, "Las garantías constitucionales del proceso civil",³ aparece formulada uma concepção sobre o direito de ação como um direito civil, o direito de petição, que, tanto dissolve a aparentemente infundável disputa entre teorias abstratas e concretas sobre a natureza da ação - o direito é abstrato, todo cidadão o possui, estando seu exercício, em uma determinada ação, concretamente, vinculado ao atendimento de determinadas condições -,⁴ como fornece um ponto de apoio

¹ Cf. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 4a ed., Pádua, 1986, pp. 77 ss.

² Cf., v.g., recentemente, WALDNER, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Colônia/Berlim/Bonn/Munique, 1989, e WILLIS S. GUERRA FILHO, *Die notwendige Streitgenossenschaft und die Gewährung des rechtlichen Gehörs Drittbevölkerer bei Statusurteilen*, Bielefeld, 1994.

³ In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I ("La Constitución y el Proceso Civil"), Buenos Aires 1948, pp. 18ss.

⁴ Cf. WILLIS S. GUERRA FILHO, "Análise dos conceitos de ação, pretensão e direito material em face da prescrição", in: *Estudos Jurídicos (Direito Civil, Teoria do Direito)*, Fortaleza, 1985, pp. 128 e 153.

constitucional para a primeira manifestação do contraditório: a postulação em juízo de um direito em face de outrem. Também, no mesmo estudo, o genial processualista sul-americano refere a segunda manifestação mais evidente do princípio do contraditório como estando acobertada na tradição constitucional anglo-saxônica pela cláusula do "devido processo legal" (*due process of law*), que garante a possibilidade ao demandado de ser cientificado da ação em curso (*notice*) e de ser ouvido perante o juiz (*hearing*).⁵

A tese de COUTURE mereceu ampla aceitação no mundo ibérico,⁶ ao mesmo tempo em que representa um raro exemplo de penetração na Europa de idéias jurídicas gestadas nesse canto do planeta, graças ao sucesso de palestras proferidas pelo processualista uruguai em Paris, bem como pela publicação do mencionado estudo em italiano e alemão, nos principais periódicos especializados em matéria processual nesses idiomas, a "Rivista di diritto processuale civile" e a "Zeitschrift für Zivilprozeß" (ZZP). Assim é que, um dos estudos apontados como pioneiros na investigação da interface processo/constituição, na doutrina alemã, devido a FRITZ BAUR, trata do princípio do contraditório e o autor referido sobre o tema da tutela constitucional do processo é COUTURE.⁷

Ao que parece, contudo, o direito de ação como direito fundamental seria melhor compreendido se o visualizamos como um *status*, uma espécie daquela figura que para P. HÄBERLE denominou *status activus processualis*. Dessa situação jurídica subjetiva básica, que é o *status*, derivam outras. No caso do direito de ação, além do direito de petição, que não se exerce perante órgãos jurisdicionais, haveria o "poder de ação", que se exerce quando atendidas determinadas condições, para postular em juízo um determinado direito. Desse poder já decorreria um outro, o "poder de recorrer", e assim por diante.

⁵ Cf. COUTURE, id. ib., p. 59.

⁶ Cf. V. FAIRÉN-GUILLEN, "Acción", in: *Nueva Enciclopedia Jurídica* Seix, t. II, Barcelona, 1950, pp. 197/198; H. FIX-ZAMUDIO, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Ciudad México, 1976, p. 57.

⁷ Cf. BAUR, "Der Anspruch auf rechtliches Gehör", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 1955, p. 395, nota 5.

3. Até aqui, vinhamos tratando de aspectos de um dos lados da distinção entre constituição e processo. Do outro lado, tem-se aspectos menos explorados teoricamente, mas que se tornam sempre mais evidentes, em virtude do caráter fundamental do processo para que se tenha direitos, e uma ordem jurídica digna desse nome. Essa vertente torna-se especialmente saliente no período histórico que atravessamos, o qual vem sendo chamado de "pós-moderno", saliente no período histórico que atravessamos, o qual vem sendo chamado de "pós-moderno", pois faltando ainda uma denominação própria, utiliza-se termo caudatório do período imediatamente anterior.

Desde quando recebemos no Brasil uma nova Constituição, muito importa discutir sobre o que vem a ser a chamada Lei Fundamental de uma ordem jurídica, dentro de uma perspectiva também renovada. Cabe, então, buscar um entendimento dessa questão básica que vai além daquilo que tradicionalmente se estabeleceu, desde o advento do ideário constitucionalista, nos primórdios da Idade Moderna. A ambigüidade social em que contemporaneamente se inserem as constituições apresenta um grau de complexidade tal, que torna insuficiente as explicações clássicas da sua natureza e significado. Já não basta mais ver em uma constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.

Atualmente, uma constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.

A essa mudança de função das constituições e do próprio Estado, que afinal de contas é por elas instaurado, resultante da forma como historicamente se desenvolveram as sociedades em que

aparecem, correspondem também, como não podia deixar de ser, modificações radicais no plano jurídico. As normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes, com um sentido retrospectivo, quando em geral fixado antes dessas normas e não, a partir delas, propriamente. A isso era acrescentado o sancionamento, em princípio negativo - i.e., uma consequência desagradável - a ser inflingido pelo Estado, na hipótese de haver um descumprimento da prescrição normativa. A regulação que no presente é requisitada ao Direito assume um caráter finalístico, e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas - ao que não se presta o esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão legal abstrata anterior -, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem.

Em vista disto, tem-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como *regras* e aquelas que assumem a forma de um *princípio*. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política⁴, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline

suficientemente. A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, onde uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito. Já para aplicar as regras, é preciso haver um *procedimento*, para que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir. A necessidade de se ter um procedimento tornar-se ainda mais aguda quando se trata da aplicação de princípios, pois ai a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores, o que requer um cuidado muito maior para se chegar a uma decisão fundamentada objetivamente.

Em sendo assim, é de se esperar que, na medida em que aumenta a freqüência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce também a importância daquele ramo do direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso e vago de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação (greg.: *pragma*) daqueles envolvidos na tomada de uma decisão. Procedimentos são séries de atos ordenados com

⁴ Para uma concepção na qual a autonomia do ordenamento jurídico não implica em seu total desligamento da moral e da política, consulte HÄBERMAS, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", in KJ (= Kritische Justiz) 20, 1987, pp. 1ss. Para ele foi uma mudança na consciência moral na era moderna que trouxe a exigência da diferenciação entre normas (*rectius*; regras), princípios-justificadores e procedimentos para examinar a adequação daquelas a esses últimos (p. 6). A "moralidade" do Direito moderno, bem como a sua "racionalidade" e "autonomia", não resultariam apenas do fato de ter se dado a positivação de exigências morais de racionalização nas constituições, mas também, principalmente, da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para (auto) regulação e (auto) controle da fundamentação do Direito, de acordo com esses padrões morais de racionalidade (pp. 9ss.). Fundamentação moral e política dos princípios jurídicos, i.e. da legitimidade do Direito, e a sua "procedimentalização", acham-se intimamente relacionados, já que os valores legitimadores do mesmo não se encontrariam propriamente no conteúdo de suas no normas, mas sim no procedimento de fundamentação de algum dos possíveis conteúdos (pp. 13ss).

a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.

Dentre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de "processo".

4. Há relativamente pouco tempo é que os estudiosos do Direito passaram a dedicar maior atenção ao seu aspecto procedural, antes considerado como possuidor de uma função subsidiária em relação às normas ditas materiais, portadoras das valorações e modelos da conduta, restando para as normas procedimentais o problema meramente técnico da sua realização. Autores da fase tardia do pandectismo alemão, quando já se inicia a ilação do direito civil de base romana de uma teoria geral do direito, proclamam no último quartel do século passado a autonomia da ciência processual e de sua categoria fundamental, o processo, entendido como relação jurídica de caráter público, caracterizada pela circunstância de se desenvolver numa extensão temporal com a concorrência de um representante do Estado (o juiz) e dos sujeitos interessados na decisão que afinal se deveria obter como resultado (as partes).⁹ A importância do procedimento para o Direito é enfatizada na influente doutrina "pura" de KELSEN, quando

⁹ Cf. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procédure civile. (L'actualité de pensée d'Ottó Karlowa et d'Oskar Bülow)", in: QUADERNI FIORENTINI per la storia del pensiero jurídico moderno, 14, 1985, pp. 243ss esp. p. 248, quando aponta a disposição dos juristas alemães, na segunda metade do séc. XIX, de tratar dos conceitos gerais enquanto parte integrante de uma futura Parte Geral do Direito Civil. Por outro lado, não encontra aceitação entre os processualistas tedescos atuais o tipo de abordagem excessivamente abstrato e conceptualista, afastada da realidade dos interesses concretamente envolvidos na determinação do sentido de normas e institutos processuais, tal como se praticou até meados do século em curso na Alemanha, e ainda se pratica bastante nos países latinos, por influência dasquais epígonos de um pretenso processualismo científico. Veja-se, programático, F. v. HIPPEN, "Zur <<modernen, konstruktiven Epoche>> der deutschen Prozessrechtswissenschaft", in ZZP (= Zeitschrift für Zivilprozeßrecht) 65, 1952, pp. 424ss., agora tb. na coletânea de ensaios do autor Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Frankfurt a/M., 1964, pp. 357ss. O paradoxo da Faculdade Histórica, em sua fase tardia, dominada pelo pandectismo de B. WINDSCHEID, ter se voltado para uma análise formalista do direito positivo, desvinculando-o de condicionantes materiais de natureza histórica ou política, é sublinhado por BÖCKENFÖRDE, Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts, Basel/Stuttgart, 1965, p. 24, *passim*; H. J. van EIKEMA HOLMES, Major Trends in the History of Legal Philosophy, Amsterdam/New York/Oxford, 1979, pp. 192ss.; F. WIEACKER, "Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution", in *Id.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M., 1974, pp. 55ss., esp. p. 61 e seg.

propõe que se estude não só a estática jurídica, cujo objeto são as normas, mas também a teoria dinâmica, ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto) produção do Direito.¹⁰ Na mesma época, primeiras décadas do século em curso, o processualista JAMES GOLDSCHMIDT realiza uma "crítica do pensamento processual", propondo a consideração do processo como momento regido pela dinâmica inerente a essa noção mesma, cujo resultado pode perfeitamente vir a estar em desacordo com aquilo que estática e abstratamente prevê o direito material.¹¹ Semelhante é a formulação de NIKLAS LUHMANN, da legitimidade obtida através do procedimento, que há duas décadas chamou a atenção para a dimensão filosófica e política do fenômeno, numa investigação de caráter sociológico tendo-o como objeto.¹²

O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos.¹³ Proliferam, então, as

¹⁰ É reconhecido de um modo geral que se deve a KELSEN a introdução de uma perspectiva dinâmica no estudo do Direito, tal como se encontra em seu opus magnum, *Reine Rechtslehre*, 2^a ed., Wien, 1960 (reimp. 1967). O caráter "procedimentalista" dessa doutrina é referido por LUHMANN, em *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied / Berlin, 1969, p. 11, nota 2. Como se sabe, a obra de KELSEN foi traduzida para o português e publicada em Coimbra sob o título "Teoria (sic!) Pura do Direito" enquanto a de LUHMANN, "Legitimidade pelo Procedimento", em tradução sofrível, foi editada pela Universidade de Brasília.

¹¹ Cf. GOLDSCHMIDT, ob. ult. cit., cujo subtítulo é "Eine Kritik des processualen Denkens, onde "crítica" deve ser entendida no sentido epistemológico kantiano.

¹² Cf. LUHMANN, ob. cit.. Um outro sociólogo do direito, menos conhecido entre nós, discípulo, como o primeiro, de ARNOLD GEHLER, que chama atenção para a função social e especificamente jurídica, de fundamental importância, desempenhada pelo procedimento, é HELMUT SCHELSKY. Para ele, é desse último que advém a racionalidade própria ao Direito, que não é puramente cognitiva, mas sim voltada, pragmaticamente, para a orientação da conduta, pois para ele o que importa não é a "verdade" (das >Wahr<), e sim que se faça o "certo" (das >Richtig<). V. "Die juridische Rationalität", in SCHELSKY, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, pp. 34ss., esp. pp. 35 e seg.; Id., "Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen", Jz (- Juristen Zeitung), 13, 1974, pp. 410ss., esp. p. 412. Nesse aspecto, em que sublinha o caráter procedural da racionalidade jurídica, as idéias de SCHELSKY são corroboradas por aquela linha de pensamento crítico, que ele em vida tanto combateu, representada por HABERMAS (cf. loc. ult. cit.).

¹³ Um fruto típico dessa tendência, na Itália, é obra de NICOLÒ TROCKER, *Processo civile e costituzione. (Problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milano, 1974. No Brasil, há estudos nesse sentido da lavra, v.g., de ADA PELLEGRINI GRINOVER. As pesquisas reiteradas sobre o tema culminam com sua promoção a objeto do VII Congresso Internacional de Direito Processual, em Wurzburg, RFA, no ano de 1983, cujos relatórios gerais foram publicados em *EFFECTIVER Rechtsschutz und verfassungswidrige ordnung (Effectiveness of Judicial protection and Constitutional Order)*, W. HABSCHEID (ed.), Bielefeld, 1983.

análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se tomar o direito processual por uma espécie de "direito constitucional aplicado", como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado "devido processo legal": a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc. Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso.¹⁴

5. O que se pretende realizar a seguir, contudo, não diz respeito tanto ao aprofundamento da relação do processo com a constituição, tocando mais de perto o exame da "outra face da moeda", quer dizer, da estreita associação entre constituição e processo hoje em dia, quando esse se torna um instrumento imprescindível na consecução daquela. Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais, e, ao mesmo tempo, uma proceduralização ou "desmaterialização" do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da "Lei Maior", logo, também das "menores" ou ordinárias. É ao esclarecimento desse último aspecto que se endereçam as considerações que se passa agora a apresentar.

A proposta que se tem em mente sustentar aqui é a de que a Constituição possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem estatuto constitucional e, logo, são (também) de natureza material. Isso pressupõe, de imediato, que se firme a distinção entre esses dois

¹⁴ Cf., porém, RUDOLF WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses in sozialen Rechtsstaat*, Neuwied/Darmstadt, 1978, e K. E. SCHONFELD, *Zur Verhandlungsmaßne im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten - Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat*, Frankfurt a.M./Bem, 1981.

aspectos ou *dimensões* do direito, o material e o processual, tendo presente que não se trata propriamente de diferenciar ramos da matéria jurídica ou de uma divisão como a que separa direito público e privado. Estamos, na verdade, diante de noções relacionais, que se conceituam uma em função da outra, e se exigem mutuamente. Materiais são as normas, quando fornecem parâmetros para se realizar o controle e ordenação da conduta intersubjetiva pelo Direito, enquanto normas processuais se ocupam diretamente com essa realização, ou seja, com a determinação das condições para que esses parâmetros venham a ser aplicados concretamente.

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas "por natureza" constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais se reveste de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.

O vínculo ligando constituição e processo, que na época atual - como dissemos, já apelidada de "pós-moderna" - se mostra tão pronunciado, é uma decorrência natural do *novum* histórico instaurado pela modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração da vitória na luta para revolucionar a organização política pela redação de um texto constitucional, i.e. "constitutivo" de uma nova ordem jurídica, um fenômeno bicentenário. O movimento histórico de positivação do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, envolve a formação de um aparato burocrático cada vez maior para implementação da ordem jurídica. Tanto a legislação, como a

administração da *res publica* e de justiça, necessitam de formas procedimentais, dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade.¹⁵

A constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação "sobrenatural" de um direito de origem divina, e também a confiança na "naturalidade" do direito, que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional.¹⁶ A consecução desses valores, por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores.¹⁷ O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno.¹⁸

6. O quadro que se vem de esboçar revela a feição atual, eminentemente "autopoética", do Direito, como um sistema que regula a sua própria (re)produção, por meio de procedimentos que ele mesmo instaura.¹⁹ Dentro desse quadro, não causa surpresa a ênfase dada à dimensão

¹⁵ Como acentua VITTORIO DENTI, em "Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni", in *Diritto e potere nella storia europea*. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (in onore di BRUNO PARADISO), vol. II, Firenze, 1982, pp. 883ss., "(L)a burocratizzazione della funzione giudicaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del *modus operandi* degli organi giudiziari che è uno degli aspetti fondamentali dell'illuminismo e che, d'altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in senso moderno. (...) Alla razionalizzazione dell'apparato amministrativo corrisponde, sul piano scientifico, l'elaborazione della teoria dell'atto amministrativo, così come alla razionalizzazione dell'apparato giudiziario corrisponde l'elaborazione della categoria del procedimento" (pp. 886/887). Adiante, ressalta que essa elaboração conceitual culmina na "processualização" de toda a atividade estatal. "Il massimo di razionalizzazione", continua ele, "è dato, infatti, dall'applicazione della categoria del <>processo<> a tutte le funzioni pubbliche, e quindi non soltanto alla funzione giudiciale, ma anche a quella amministrativa ed a quella legislativa" (p. 890).

¹⁶ Cf. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, pp. 40. c.c.g., texto e notas 6/7; pp. 74 e seg., 182ss.

¹⁷ Cf. DAVID RESNICK, "Due Process and Procedural Justice", in NOMOS (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy), 18, 1977, pp. 206ss., esp. pp. 217/219.

¹⁸ Cf. KLAUS EDER, "Prozedurale Rationalität", ARSoz (- Archiv für Rechtssoziologie), 7, 1986, pp. 1ss., bem como os estudos críticos de HERBERT TREIBER, "Prozedurale Rationalität - eine verfahrens-Sache?", ib. pp. 243ss., KARL-HEINZ LADEUR, id., pp. 265ss., e NIKOLAUS DIMMEL, id. ib., pp. 274ss.

¹⁹ A teoria dos sistemas autopoéticos foi desenvolvida inicialmente pelos biólogos chilenos HUMBERTO R. MATORANA, FRANCISCO E. VARELA e R. URIBE, em "Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterisation and a

processual do ordenamento jurídico em recentes abordagens teóricas,²⁰ já que diante da qualidade dos problemas com que se defronta a sociedade contemporânea, não se pode pretender encontrar naquele ordenamento pré-(e) scritas as soluções, que só se encontra realmente *ex post*. Da mesma forma, não se mostra satisfatória a dogmática jurídica tradicionalmente praticada, onde se volta a atenção predominantemente para os textos legais, para a partir deles reconstruir autorizadamente o sentido normativo. O objeto da ciência jurídica

Model", Bio System, 5, 1974, pp. 1897ss. Sua generalização para os sistemas sociais se deve a NIKLAS LUHMANN, que também a introduz na teoria do direito, onde tem sido elaborada por GUNTHER TEUBNER, em sua doutrina do "Direito reflexivo". Cf. TEUBNER/WILLKE, Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", ARSoz, 5, 1984, pp. 4ss.; TEUBNER, "Reflexives Recht", ARSP ("Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie"), 68, 1982, pp. 13ss.; Id., "Das regulatorische Trilemma", QUADERNI FIORENTINI, 13, 1984, pp. 109ss.; Id., "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, 17, 1983, pp. 239ss., e *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, TEUBNER (ed.), Berlin/New York, 1988., com contribuições do próprio TEUBNER, LUHMANN e inúmeros teóricos europeus das mais variadas nacionalidades e norte-americanos. Para uma avaliação crítica, veja-se, e.g., NOBERT REICH, "Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunther Teubner", in FS (= Festschrift für RUDOLF WASSERMANN, Neuwied/Darmstadt, 1985; ERHARD BLANKENBURG, "The Poverty of Evolutionism - A Critique of Teubners Case for >>Reflexive Law<<, *Law & Society Review*, 18, 1984, pp. 273ss.; ARTHUR J. JACOBSON, "Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann", Mich. L. Rev. (=Michigan Law Review), 87, 1989, pp. 1647ss.; I. MAUS, "Perspektiven >>reflexiven Recht<< im Kontext gegewärtiger Deregulierungstendenzen", KJ 19, 1986, pp. 390ss.; e as contribuições de R. MUNCH e P. NAHAMOWITZ em ZRSOZ, 6, 1985. Por último, de TEUBNER, Recht als autopoietisches System Frankfurt a. M., 1989.

²⁰ Aqui, tem-se em mente, como exemplo típico, além da recém-mencionada doutrina "autopoética", a teoria procedural de WIETHÖLTER, sobre a qual nos debruçaremos na conclusão do presente estudo. Para uma tentativa recente de repensar a categoria de "sujeito de direito" incorporando elementos provenientes de ambas as vertentes, consulte REINER FREY, *Vom Subjekt zur Selbstdifferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlin 1989. Também no modelo desenvolvido por K.-H. LADEUR, com base da idéia de "sopesamento" (de interesses) - em alemão, "Abwägung" -, se chega a uma "procedimentalização auto-referencial", que possibilita o (re)equilíbrio e compatibilização de valores e comportamentos divergentes. Cf. LADEUR, "Abwägung - ein neues Rechtsparadigma", ARSP, 69, 1983, pp. 463ss.; Id., "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie", RECHTSTHEORIE, 16, 1985, pp. 383ss., cujo texto em inglês vem publicado em *Autopoietic Law*, cit., pp. 242ss. Não menos dependente de uma reflexão sobre o processo de realização do Direito se mostra a concepção teleológica que propôs recentemente INGO MITTENZWEI, ao revisar uma antiga tradição filosófica à luz dos novos desenvolvimentos em filosofia da ciência, Cf. *Teleologische Rechtsverständnis*, Berlin 1988. Por fim, é de se mencionar a ênfase que nos últimos tempos se tem dado ao estudo dos "processos de sopesamento" (*Abwägungsprozesse*) dos valores jurídicos na teoria do direito escandinava. Cf. TORSTEIN ECKHOFF/NILS K. SUNDHY, *Rechtssysteme*, Berlin, 1988, pp. 105ss., *passim*.

não seria propriamente normas, mas sim os problemas que a elas cabe viabilizar a solução.²¹ E para isso, importa acima de tudo examinar as situações concretas em que os interesses envolvidos se manifestam e (eventualmente) entram em conflito. Daí a importância de normas procedimentos, que regulam o modo de atender esses interesses, sem pretender determinar de antemão a solução a ser dada.

²¹Uma formulação em que os problemas jurídicos, e não as normas, são claramente apontados como o objeto da ciência do direito, aparece, sem que tenha merecido a devida atenção, em MAX SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2^a ed., Basel, 1925, pp. 23ss. Essa posição é bastante fortalecida com a predominância do paradigma da "jurisprudência dos interesses" na dogmática jurídica alemã, bem como pelo aperfeiçoamento de uma teoria tópica do direito, devida a THEODOR VIEHWEG, que encerra a "introdução" de sua "Topik und Jurisprudenz" qualificando a dogmática jurídica (*Jurisprudenz*) como "um procedimento específico de suscitar problemas, devendo esse procedimento ser entendido como o objeto da ciência jurídica" (p. 14 da 5^a ed., München, 1974 - há tradução brasileira do Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ, publicada em Brasília pelo Ministério da Justiça). Cf., a propósito, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, 2^a ed., Tübingen, 1964, p. 6, texto e nota 13, e pp. 48ss. Vale ainda mencionar a influência mútua que nesse aspecto se verifica entre a filosofia jurídica germânica e anglo-americana, já que na referida obra de ESSER, cuja importância dificilmente se pode exagerar, se dá a introdução de concepções do realismo jurídico praticado nos EUA, como assinala em sua tese de doutoramento BERND H. OPPERMANN, *Die Rezeption des nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die deutsche Topikdiskussion*, Frankfurt a.M., 1985, p. 62, *passim*. Ao mesmo tempo, o pensamento da segunda fase de JHERING, tal como aparece em "Der Zweck im Recht", de 1877, (há trad. bras., publ. em Salvador, Ba., pela Livraria Progresso, em 1950, sob o título "A Evolução - sic - no Direito"), foi não só o ponto de partida para a elaboração da Interessenjurisprudenz por PHILIP HECK, como também exerceu um grande fascínio nos representantes da legal philosophy realista e pragmática norte-americana, tais como ROSCOE POUND. Nesse sentido, ESSER, loc. cit. V. tb. ATHANASIOS GROMITSARIS, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Berlin, 1989. Por outro lado, se pode apontar a "reviravolta" no pensamento iberinguiano como resultado de uma adesão à filosofia utilitarista inglesa, patrocinada por JEREMY BENTHAM, representada na Alemanha por EDUARD BENEKE, cujo princípio ético fundamental recomenda que se decida sobre o que é certo de acordo com o "pesamento dos interesses" em questão. Cf. HELMUT COING, "Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre", ARSP 54, 1968, pp. 69ss., esp. 75ss.; MITTENZWEI, ob. cit., pp. 389ss. Sobre a dimensão jusfilosófica do pensamento benthamiano, extensamente, H. L. A. HART, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982. Em apoio à tese de que são os problemas que através das normas do Direito se quer resolver, e não essas normas em si mesmas, que constituem o objeto da ciência jurídica, pode-se, finalmente, invocar o parecer e autoridade de KARL LARENZ, quando-considera a dogmática jurídica (*Jurisprudenz*) científica na medida em que ela "problematiza" os textos jurídicos, questionando as diversas possibilidades de interpretação que elas admitem. Cf. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4^a ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1979, pp. 181 e seg.

A concepção da ordem constitucional como um processo, no qual se inserem os defensores de interpretações diversas no momento de concretizá-la, e não como ordem já estabelecida,²² mostra-se condizente com aquela nova orientação em teoria do direito. Um outro aspecto dessa "procedimentalização" do Direito, ou melhor, da forma de concebê-lo, seria a sua crescente "desjuridificação" (*Entrechtlichung*), consequência paradoxal da massiva "jurisdificação" (*Verrechtlichung*) acarretada pela modernização da sociedade, e que hoje se torna inócuca e antiproductiva.²³ A nova Constituição brasileira revela muito bem, por exemplo, o ânimo de legislador constituinte, de regulamentar os mais diversos setores da vida social, no que aliás, procurou atender expectativas daqueles que o investiu do poder para elaborar o texto constitucional. Cabe ainda ao legislador ordinário viabilizar o cumprimento de uma série de mandamentos constitucionais por meio de leis complementares. Não se espere, porém, do inchamento

²² A constituição é vista por HÄBERLE como processo, aberto para a participação pluralística dos representantes das mais diversas interpretações. Cf. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation. Ein Beitrag zur pluralistischen und <<prozessualen>> Verfassungsinterpretation", IZ, 30, 1975, pp. 297ss., agora tb. in *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin 1978, pp. 155ss., com um registro da discussão suscitada pelo artigo, recebido com entusiasmo por uns e repudiado pelo positivismo constitucional, com BÖCKENFÖRDE à frente (pp. 180 e seg.). Consulte-se, ainda, no mesmo volume, os estudos inéditos "Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess - ein Pluralismuskonzept", pp. 121ss., e "Verfassungsinterpretation und Verfassungsgabeung", pp. 182ss., esp. pp. 189ss. Também nos EUA surge no princípio da década passada uma série de teorias constitucionais com caráter processual, como são aquelas de J. CHOPER, em *Judicial Review and National Political Process*, J. H. ELY, em *Democracy and Distrust*. Cf. o spanhado e exame crítico de R. D. PARKER, "The Past of Constitutional Theory - And Its Future" Ohio State Law Journal, 1981, pp. 223ss., e a defesa de HABERMAS, loc. cit. pp. 15 e seg., o qual se alinha entre os simpatizantes de tais teorias, como mostra seu estudo "Volkssouveränität als Verfahren", MERKUR (Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken), 43, 1989, pp. 465ss. esp. pp. 475 e seg., agora incluído em "Geltung und Faktizität". Um outro filósofo de grande prestígio na atualidade, que subscriveria a tese em pauta, do caráter procedural da constituição, é JOHN RAWLS, que a concebe, idealmente, como um procedimento balizado por princípios de justiça, no qual se conformariam as forças políticas, responsáveis pela produção legislativa. Em suas próprias palavras: "Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome". *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, p. 197.

²³ De um modo geral, v. MICHAEL BOCK, *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, Berlin, 1988. O "paradoxo" a que nos reportamos é um dos pontos inconsistentes que E. BLANKENBURG aponta na teoria do Direito reflexivo de TEUBNER, no estudo acima referido (nota 12). Veja-se, porém, a réplica desse último, no mesmo Law & Society Rev., 1984, pp. 191ff., "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg".

da legislação as esperadas soluções para a complexa problemática nacional, pois decisivo permanecerá sempre o processo em que se interpreta e aplica o Direito constitucional, às vezes, no limite, *contra legem*.

7. Do exposto, entende-se que as mais diversas direções em teoria e filosofia do Direito estejam a apontar no sentido de uma reflexão sobre os procedimentos através dos quais ele se realiza, com a preocupação de estabelecer parâmetros de justiça e racionalidade para balizá-los; justiça e racionalidade essas que, por sua vez, o Direito haverá de atingir por meio daqueles procedimentos. A questão da justiça por exemplo, sobre a qual voltaram a se debruçar recentemente os filósofos, no âmbito de uma reabilitação da filosofia prática, vem tratada em uma das mais notórias doutrinas do momento, a do filósofo norte-americano JOHN RAWLS, como indissoluvelmente ligada ao procedimento de sua realização, donde a idéia, que vai buscar em BRIAN BARRY, de uma "Justiça Procedimental" (*procedural justice*).²⁴ Essa pode se apresentar sob duas formas: uma pura ou perfeita, quando se tratar de um procedimento por assim dizer estritamente técnico, como aquele de distribuir um bolo entre várias pessoas (o exemplo é de RAWLS), e outra imperfeita, que é aquela revestida de maior importância prática, da qual os processos judiciais (penal, civil etc.) são um exemplo típico.²⁵ Também a tematização do Direito Natural, que hoje se coloca em um terreno menos jurídico, do que moral, assume na formulação

²⁴ Cf. BARRY, *Political Argument*, London, 1965, cap. VI, e RAWLS, ob. cit., pp. 83ss.

²⁵ Nesse ponto, pode-se aproveitar para questionar a opinião, extremamente difundida ainda na processualística brasileira, segundo a qual o ordenamento processual é um "instrumento eminentemente técnico" - a expressão é de ALFREDO BUZAI, no prefácio a II processo civil brasileiro, N. PICARDIA GIULIANI (ed.), Rimini, 1988, p. 1 -, e o Direito processual um "Direito técnico", como apregoava FRIEDRICH STEIN, no prefácio à 1^a ed. de seu "Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkurrenzrechts" (1921). Com isso, note-se bem, não pretendeu o autor do anteprojeto de nosso CPC excluir a dimensão axiológica, já que o concebe "permeado de princípios rigorosamente éticos" (id. ib., p. 2), nem STEIN, por seu turno, deixou de se entregar a reflexões de cunho jusfilosóficos, especialmente no que tange à natureza da execução - forçada, como lembra FRIEDRICH WEBER, em "Methodik des Prozeßrechts"; STUDIUM GENERALE (Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden), 13, 1960, pp. 183ss., 183, texto e nota 1. Por outro lado, é hoje indubitável a influência que a ideologia exerce sobre o processo. Cf., v.g., ERNST J. COHN, "Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts", in Erinnerungsgabe für Grünhut, Marburg, 1965, pp. 31ff.; DIETER LEIPOLD, "Zivilprozeßrecht und Ideologie", IZ, 37, 1982, pp. 441ss.; TARELLO, "L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale", in Id. (ed.), Materiali per una storia della cultura giuridica, T. III, vol. I, Bologna, 1973, pp. 691ss., e os estudos de MAURO CAPPELLETTI, reunidos em Processo e Ideologie, Bologna, 1969.

de condiscípulos de ARTUR KAUFMANN, como WINIFRIED HASSEMER e GÜNTHER ELLSCHEID, um caráter eminentemente processual, pois o que importa não é tanto o estabelecimento de princípios com um conteúdo moral, mas, sim, princípios procedimentais (*prozedurale Prinzipien*), para guiar interessados em fazer assertivas dotadas desse conteúdo.²⁶

Assim, tanto o jusnaturalismo, como também aquela outra via que tradicionalmente se lhe contrapõe, por privilegiar a análise do Direito tal como se apresenta enquanto dado positivo, i.e., o chamado positivismo lógico, terminam então por se consagrar, atualmente, aos problemas em torno da argumentação jurídica, já que é ai onde se define tanto a questão da justiça - enfatizada pelos defensores daquela primeira vertente - como igualmente a questão da racionalidade - a que mais interessa aos positivistas - dos atos praticados para cumprir o Direito. Os estudiosos de tendência analítica passam então a ocupar-se não só com as normas jurídicas que se enquadram no esquema "visão normativa consequência jurídica", as chamadas "regras", mas também com aquelas outras sobre as quais se erige o ordenamento jurídico em seu todo - sem por isso deixar de integrá-lo, - que são seus princípios fundamentais. E nesse contexto que se coloca a recente doutrina de Robert Alexy, com seu modelo de argumentação jurídica e interpretação constitucional baseado na distinção entre regras, princípios e procedimentos (*Regel/Prinzipien/Prozedur — Modell*).²⁷

8. Ao concluir o presente ensaio, em que se procurou indicar uma nova forma, processual, de conceber a Constituição e os direitos fundamentais nela consagrados, parece oportuno aludir à concepção, desenvolvida recentemente pelo jusfilósofo frankfurtiano RUDOLF WIETHÖLTER, segundo a qual o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas

²⁶ Uma concepção procedural do Direito Natural foi apresentada por HASSEMER em seminário que ministrou no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UFC, em 1984. Cf., de ELLSCHEID, "Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung", in Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, A. KAUFMANN/W HASSEMER (ed.), 4^a ed., Heidelberg, 1985, pp. 125ss., esp. pp. 158ss.

²⁷ Cf., por último, de ALEXY, "Rechtssystem und praktische Vernunft", RECHTSTHEORIE, 18, 1987, pp. 405ss., esp. pp. 416ss. Para uma avaliação crítica do pensamento desse A. v. FRANK SCHOLDERER, Resenha de "Theorie der Grundrechte" KJ, 20, 1987, pp. 115ss., e ULRICH PENSKI, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln - ihre Unterscheidung und das Problem der Positivist des Rechts - ", IZ, 44, 1989, pp. 105ss. Para o leitor que não domina o alemão, ALEXY é um dos autores incluídos na coletânea Derecho y Filosofía, GARZON VALDÉS (trad. e ed.), Série "Estudios alemanes", Barcelona/Caracas, 1985, tendo a sua "Teoria dos Direitos Fundamentais" sido igualmente traduzida para o espanhol.

chamadas sociedade pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de proceduralização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de MAX WEBER, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno. Isso significa que, no momento em que se tratava de pôr um fim a formas de dominação feudais e absolutistas, tem-se como função jurídica principal a garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação. Em seguida, dá-se a falência desse modelo político, pela sua incapacidade de suprir reivindicações básicas da coletividade, o que leva ao uso do Direito para materializar certas exigências sociais, realizando concretamente a igualmente básica de posições dos indivíduos, antes apenas (pressu) posta formalmente em lei. Porém, assim como o controle realizado naquele momento inicial através de uma intervenção jurídica pontual, mínima, acarretou danos sociais insuportáveis, também a administração constante e ubíqua dos diversos setores da vida em sociedade, levada a cabo para cumprir o programa político que se oferecia como alternativa, termina custando um sacrifício abominável de prerrogativas dos indivíduos, antes garantidas, ainda que mínima e formalmente. Transpondo os termos do dilema com que, então, nos deparamos, para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a proteção de uma esfera de liberdades civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível ser tomada antes de verificada as situações em que se conflitam, do que decorre a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa — e se pode —, então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que, naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sócio-política que assumem nesse contexto. A adoção de um procedimento para tomar decisões favorece o acatamento e aceitação do decidido

tanto daqueles que dele participam, segundo a conhecida tese luhmanniana da "legitimidade pelo procedimento", como pelos outros ausentes, desde que não se "feche" a questão, deixando-a em aberto para ser decidida diferentemente no futuro ou em situações diversas. E, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la.

Vale, também, ressaltar que a idéia de proceduralização do Direito se encontra situada no âmbito de uma teoria crítica (=filosofia) da sociedade, com a feição que essa assume no pensamento de seu mais lídimo representante atual, JÜRGEN HABERMAS.²⁸ Trata-se de um "caminho do meio", uma via mais discreta, que se oferece como alternativa aos projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós) moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de idéias preconcebidas, que se deve impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre, pragmaticamente, na situação comunicativa; e de antemão se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem direitos individuais e coletivos, bem como os interesses públicos, com base em um princípio de proporcionalidade.

9. A idéia subjacente à "proporcionalidade", *Verhältnismäßigheit*, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam a Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.

²⁸ Cf., por último, WIETHÖLTER, "Proceduralization of the Category of Law", in Ch. JOERGES/D. M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, pp. 501ss.; Id., "Ist unserem Recht der Prozess zu machen?", in FS Habermas Frankfurt a. M., 1989, pp. 833ss.; G. BRÜGGEMEIER, "Der Rechtsbegriff in Habermas. Theorie kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wietholter", in Id./Ch. JOERGES (eds.), *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, ZERP ("Zentrum für Europäische Rechtspolitik"), Materialien, 4, 1987, pp. 65ss.; HABERMAS, "Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wietholter", KJ 22, 1989, pp. 138ss., esp. 143ss.; G. MARTINHEDMARIE RENK/MARGARETHA SUDHOF, "Maßstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wietholters", ib., pp. 244ss., esp. p. 254.

Um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na Magna Charta inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a idéia acima referida, quando estabelece: "O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito". Essa espécie de contrato entre a Coroa e os senhores feudais é a origem do *Bill of Rights*, de 1689 onde então adquire força de lei os direitos frente à Coroa, estendidos agora aos súditos em seu conjunto.

Para esse reconhecimento, o suporte doutrinário é fornecido pelos teóricos do direito natural, com suas teses sobre a liberdade nata inherente aos indivíduos e sua igualdade entre si, das quais, resulta os direitos humanos fundamentais reconhecidos na *Declaration of Rights* americana, de 1776, e na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* francesa, de 1789: Característico do jusnaturalismo, de cunho racionalista, era a crença na existência de princípios gerais dedutivos da natureza humana, nos quais se devia basear a elaboração científica do Direito. E assim que em 1791 SUAREZ, em conferência proferida diante do Rei da Prússia, FRIEDERICH WILHELM, propõe como princípio fundamental do Direito Púlico "que o Estado só esteja autorizado a limitar a liberdade dos indivíduos na medida em que for necessário, para que se mantenha a liberdade e segurança de todos", e dai deduzia o princípio fundamental do "Direito de Policia" (*Polizei-Recht*), ou, como hoje se diria, "Direito Administrativo", "que apenas para evitar um prejuízo de grandes proporções à sociedade civil, o qual se teme venha a ofender a consciência moral, ou então a esperança fundamentada de que se pode alcançar uma vantagem considerável e duradoura para todos, autorizam ao Estado limitar a liberdade natural de seus cidadãos individuais através de normas de polícia".²⁹ Em 1802, VON BERG emprega o termo "verhältnismässig", "proporcional", ao tratar dessa possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, referindo-o à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. É com apoio em OTTO MAYER, porém, que WOLZENDORFF denomina de "Princípio da Proporcionalidade", "Grundsatz der Verhältnismässigkeit", a "proposição de validade geral"

²⁹ *Vorträge über Recht und Staat* von CARL GOTTLIEB SVAREZ, H. CONRAD e G. KLEINHEYER (ed.), Colônia, 1960, pp. 486/487. Na mesma época, escrevia BLACKSTONE em seus "Comentários", na Inglaterra, que a liberdade natural não deveria ser limitada por lei senão enquanto fosse necessário e conveniente (*expeditum*) ao benefício geral dos cidadãos (*publicum*). Apud ZIPPELIUS, *Staatslehre*, 4^a ed., Munique, 1973, p. 169.

(*allgemeingültigen Satz*) que veda à força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.³⁰

Durante a primeira metade do século em curso o princípio que ora tomamos em consideração foi tratado como atinente apenas à regulamentação da atividade policial, destinado a evitar excessos na sua prática, o que não é surpreendente, tendo em vista a sua formulação originária no tratamento dessa matéria, como acabamos de verificar. Por outro lado, não se pode esquecer que primitivamente "*Polizei*" "polícia", é termo abrangente da atividade estatal como um todo e inclusive a própria noção de "Estado de direito", "Rechtsstaat", vem mencionada pela primeira vez em obra tratando dessa matéria.³¹ Parece então provável que aqueles que primeiramente atinaram para o emprego de um princípio de proporcionalidade nos assuntos de Estado já intencionassem uma aplicação abrangente, tal como hoje se preconiza.

Já no período em que não mais se confundia o "Polszeirecht" com o Direito Administrativo, porém, seria injustiça considerar que em sua monografia sobre aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, de 1913, WALTER JELLINEK tenha limitado-se a tratar do problema referindo-o ao "Direito da Policia", ou no *máximo* ao processo executivo administrativo, como é costume aparecer referido em monografias contemporâneas sobre o princípio em tela.³² Na verdade, é dele o mérito de ter relacionado a proporcionalidade com o problema central do Direito Administrativo, que é a discricionariedade (*freies Ermessen*), considerando-as questões dotadas de igual significação, uma vez que as leis não distinguem o poder discricionário da polícia daquele dos demais órgãos da Administração.³³ Com isso, abre-se a possibilidade de estender a problemática até abranger as demais funções estatais, já que ao

³⁰ Cf. MICHAEL JAKOBS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht)*, Köln (Carl Heymann), 1985, pp. 288.

³¹ Cf. ROBERT v. MOHL "Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates", vol. 1, 3^a ed., Tübingen, 1866, pp. 198s., esp. 91.

³² Assim, na monografia pioneira de RUPPRECHT v. KRAUSS, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*, Hamburg, 1955, p. 8, nota 35.

³³ Cf. Gesetz, *Gesetzzuwendung und Zwecksmassigkeitserwägung (zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen)*. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung. Reimpresão da ed. orig. de 1913, Aalen, 1964, p. 89, quando assevera que "como as leis não fazem nenhuma diferenciação entre discricionariedade das autoridades policiais e outra discricionariedade administrativa qualquer, então o problema da discricionariedade é totalmente idêntico à

órgão judicial também é vedada a arbitrariedade na aplicação da lei e o legislativo se acha igualmente submetido a um controle em sua atividade de produção normativa, já que deve se manter dentro dos limites constitucionais. O modo como se deu a "proliferação" do uso da Verhältnismäßigkeit no Direito da Alemanha Federal é o que a partir de agora merece tratamento em apartado. Inicialmente, vai-se examinar a contribuição dada pelo Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) acompanhando em seguida o desenvolvimento da doutrina período do pós-guerra, o que não decorre de um julgamento sobre a maior importância de um ou outro na configuração do princípio em apreço, já que sempre houve isso sim um constante interferência de lado a lado.

10. A transposição do princípio de proporcionalidade do campo do direito administrativo para o plano constitucional de onde pode vir a ser identificado nos mais diversos setores do direito, se deve em grande parte ao posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha. Essa Corte Suprema, investida que está pela Lei Fundamental em velar pelo seu cumprimento e respeito, a partir de um determinado momento passa a referir com freqüência expressões em sua argumentação, que se associam claramente ao "pensamento de proporcionalidade", tais como "excessivo" (*übermassig*), "inadequado" (*unangemessen*), "necessariamente exigível" (*erforderlich*, *unerlässlich*, *unbedingt notwendig*), até estabelecer de forma incisiva que o referido princípio e a correlata "proibição de excesso" (*Übermassverbot*), "enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito (possui) estrutura constitucional".³⁴ Em decisão anterior, o *Verhältnismäßigkeitsprinzip* já fora apresentado como resultante "no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais", acrescentando, de forma assimilável à referida formulação clássica de SVAREZ, que se teria ali uma "expressão do anseio geral de liberdade dos cidadãos Frente ao Estado, em face do poder público, que só pode vir a ser limitada se isso for exigido para proteção de interesses públicos".³⁵

A questão que assim se coloca é de como melhor fundamentar a inserção de um princípio de proporcionalidade no plano constitucional: se deduzindo-o da opção por um Estado de direito ou, então, dos próprios direitos fundamentais, assume relevância mais doutrinária, já que na prática, à luz da reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional, não resta dúvida quanto à sua inserção na

³⁴ BVerfGE 23, 133 (= *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 23, P. 133).

³⁵ BVerfGE 19, 348/349.

"base" do ordenamento jurídico, como se pode referir de maneira figurada à constituição. Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente, o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma eqüitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.³⁶

O *Bundesverfassungsgericht* (abrev. BVerfG) emprega então o princípio de que tratamos, com mais freqüência, para controlar a constitucionalidade de medidas já tomadas por algum dos demais poderes estatais, o executivo e o legislativo, especialmente no que se refere ao respeito de direito fundamental dos indivíduos. Para tanto, embora não haja nenhum pronunciamento expresso nesse sentido, pode-se dizer que a mais alta Corte alemã se vale do que a doutrina aponta como a tríplice manifestação do "mandamento da proporcionalidade" (*Verhältnismäßigkeitsgebot*), também chamado "proibição de excesso" (*Übermassverbot*): "Adequação" (*Geeignetheit*), "Exigibilidade" (*Erforderlichkeit*) e "Proporcionalidade em sentido estrito" (*Verhältnismäßigkeitsprinzip* i. e. S.) A primeira decisão em que se encontra uma clara e precisa formulação desse pensamento data de 16.3.1971, na seguinte passagem: "O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível,

³⁶ Na constituição alemã tendo em vista esse fato, consagra o art. 19, 2º parte, o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência (*Wesensgehaltsgarantie*). Exatamente dessa norma é que autores como LERCHE e DÜRING deduzem, *a contrario sensu*, a consagrção do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional pois ela implica na aceitação de ofensa a direito fundamental "até um certo ponto", donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. Cf. BVerfGE 34, 238.

quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental".³⁷

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, *proporcional em sentido estrito*, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.

Para haver adequação, o que importa é a conformidade com o objectivo (*Zielkonformität*) e a "prestabilidade" para atingir o fim (*Zwecktauglichkeit*) da medida. O BVerfG reconhece, porém, que o estabelecimento de objetivos e de meios para alcançá-los é um problema de política legislativa (ou administrativa) que a ele não cabe resolver, em substituição das autoridades constitucionalmente competentes reservando-se para interferir só em casos excepcionais e raros, onde é patente sua inadequação e objetivamente imprestável a medida, sendo a avaliação feita para torná-la claramente errônea e refutável.³⁸ A exigibilidade costuma ser associada à busca do "meio mais suave" (*milderes Mittel*) dentre vários possíveis, para atingir o fim buscado, no que se reconhece haver grande margem de ação (*Handlungsspielraum*) e campo para realização (*Gestaltungsbereich*) ao legislador (e, logo, também à Administração Pública).³⁹ A proporcionalidade em sentido estrito importa na correspondência (*Angemessenheit*) entre meio e fim, o que requer o exame de como se estabeleceu a relação entre um e outro, com o "sopessamento" (*Abwägung*) de sua reciproca apropriação, colocando, de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade, e de outro, as garantias dos indivíduos que a integram,⁴⁰ a fim de evitar o beneficiamento demasiado de um em detrimento do outro.⁴¹

Nesse quadro, vale acrescentar, com relação ao controle de medidas provenientes da Administração Pública, que por se tratar de uma função estatal a ser exercida em obediência a normas preexistentes, não há tanto a se discutir sobre finalidade e objetivos "desejados", mas, sim, acima de tudo, sobre a adequação daquelas medidas a tais propósitos, previstos normativamente. Caso elas impliquem em limitação de direitos fundamentais, deve-se verificar antes de mais nada se o ato administrativo não deixou de corresponder ao sentido da norma que deveria realizar concretamente.⁴² E que esse ato, assim como as decisões provenientes do judiciário, volte-se para a aplicação do direito em situações individuais, no que a

³⁷ BVerfGE 30, 316.

³⁸ Cf. id. ib., p 263/264 e E 39, 210/211.

³⁹ BVerfGE 37, 21 e E 39, loc. cit. Anteriormente, E 21, 157 e E 30, 347.

⁴⁰ BVerfGE 28, 280.

⁴¹ BVerfGE 14, 114; 18, 363; 19, 347/348 e, especialmente, E 20, 157/158.

importância do emprego da proporcionalidade será tanto maior, na medida da margem de discricionariedade deixada pelo legislador para a avaliação das autoridades administrativas (ou do órgão judicial). Assim, compreende-se o desenvolvimento recente da jurisprudência alemã no sentido de controlar a proporcionalidade e adequação, de medidas judiciais na execução civil.⁴³

⁴² BVerfGE 221/222; 57, 356; 61, 135. V. ainda o "voto vencido", (*Sondervotum*), de BOHMER, E 49, 228ss., que causou muita perplexidade na doutrina ao afirmar que na execução forçada não se deve privilegiar arbitrariamente (i. e., em toda e qualquer hipótese) o credor, frente ao devedor, cabendo sempre ao Estado, também aqui, controlar a proporcionalidade de seus atos. O que resulta da exigência de observância do princípio, por exemplo, é uma regra de que imóvel seja sacrificado para satisfazer um crédito apenas em último caso. Essa problemática foi objeto de palestra proferida pelo eminentíssimo processualista alemão WOLFGANG GRUNSKY em um seminário de estudos realizado na Universidade Federal do Ceará, em fevereiro de 1988, quando então os debates evidenciaram, e.g., a "desproporcionalidade", de uma norma como aquela do art. 737, CPC, pela qual o devedor, para se defender de uma execução, às vezes patentemente absurda, precisa comprometer seu patrimônio, para opor os embargos. O professor tedesco, porém, filiou-se, naquela oportunidade, à corrente tradicional, manifestando descontentamento com as novas ideias, lembrando que também que o credor possui o direito fundamental a ter protegida a sua propriedade. Favorável à nova orientação se mostra EBERHARD WIESER, em artigos publicados na ZZP, 98, 1985.

CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL *VERSUS* CONTROLE DOS ATOS MUNICIPAIS

Marcelo Neves*

SUMÁRIO: I. Introdução. - 2. A relação entre texto e realidade constitucionais como concretização de normas constitucionais. - 3. O problema da concretização constitucional no Brasil. - 4. O município na estrutura do texto constitucional brasileiro. - 5. Tipos de controle dos atos municipais no texto constitucional de 1988. - 6. A fragilidade dos mecanismos constitucionais de controle dos atos municipais. Uma referência à administração e política de pessoal. - 7. Considerações finais. - Bibliografia.

I. Introdução

O presente trabalho visa a uma reconstrução crítica do papel do Município no processo de concretização constitucional, concentrando-se no problema da fragilidade dos mecanismos de controle dos atos municipais, com referência especial à administração e política de pessoal. Não se trata de uma análise dogmático-jurídica dos dispositivos constitucionais referentes ao Município. É um estudo a partir da teoria geral da Constituição, com implicações interdisciplinares. A nossa hipótese central é de que há uma degradação

* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE

do modelo de Município do texto constitucional no decorrer do processo de concretização normativa da constituição. O problema é atribuído às motivações e condições inconstitucionais dos agentes envolvidos no processo concretizador. Ele implica a falta de consistência constitucional do Município.

Iniciamos a nossa abordagem com a análise da relação entre texto e realidade constitucionais como concretização de normas constitucionais. Distingue-se o texto da norma constitucional, construída no processo concretizador (item 2). Firmado esse pressuposto teórico, discutimos o problema da concretização constitucional no Brasil. Analisamos os bloqueios e deturpações do texto constitucional no processo de sua concretização normativa (item 3).

Na segunda parte, dedicamo-nos à questão da relação entre dispositivos constitucionais referentes ao Município e a práxis político-administrativa do Município, com ênfase nos controles dos atos municipais. Primeiramente, expomos sinteticamente a localização do Município no texto constitucional em vigor, considerando especialmente as disposições relativas à "autonomia" (item 4). Em seguida, propomos uma tipologia dos mecanismos constitucionais de controle dos atos municipais constitucionais de controle dos atos municipais (item 5). Por fim, argumentamos sobre a fragilidade desses mecanismos em face da emergência de injunções particularistas bloqueantes do processo de concretização normativa do texto constitucional. Concentramo-nos, então, no controle de legalidade e constitucionalidade da administração e política de pessoal, recorrendo, como ponto de partida empírico, a exemplos do Município do Recife (item 6).

Nas considerações finais, afirmamos a validade de nossa hipótese, discutindo três aspectos: 1) reavaliação crítica do dilema "autonomia versus controle"; 2) maior proximidade do Município às pressões destrutivas do processo de concretização normativa da Constituição; 3) função hipertroficamente simbólica do modelo de município previsto no texto constitucional (item 7).

2. A relação entre texto e realidade constitucionais como concretização de normas constitucionais

A abordagem da relação entre texto e realidade constitucionais é o ponto de partida de nossa argumentação. Não se trata, aqui, da antiga dicotomia "norma/realidade constitucional", mas sim do problema referente à "concretização" das normas constitucionais, que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional (cf. Müller, 1984: esp. 147-67 e 234-40, 1990a: 126ss., 1990b esp. 20, 1994; Christensen, 1989: 78ss Jeand'Heur, 1989: esp. 22s.). Sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização. Na teoria constitucional alemã, destacam-se nessa direção os modelos de Fredrich Müller e Peter Häberle.

De acordo com a concepção de Müller, a norma compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais) (1975:38s., 1984:232-34, 1990b:20, 19:134). A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica (1984:17 e 250; cf. também 1990b: 124ss.; Christensen, 1989:87). Portanto, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à "interpretação aplicadora" do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão² e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo (1984:252)³ ela inclui, além do programa normativo, o âmbito

¹ A teoria de Jellinek da força normativa do fático (1976: 337ss.) não se desliga dessa tradição. Hesse (1984) permanece, em parte, ainda vinculado a esse dualismo, na medida em que, no seu modelo, trata-se apenas da "relação da Constituição jurídica com a realidade" (8). A respeito, criticamente, cf. Müller, 1984:77- 93. Ver também, sob outro ponto de vista, as ponderações de Ritter (1968) sobre a concepção da realidade constitucional como fonte do Direito. Luhmann critica, por sua vez, a discussão tradicional sobre a discrepância entre texto e realidade constitucionais, pois, "para isso, não se precisaria de nenhum conceito de Constituição e nenhuma teoria da Constituição" (1973:2), o que, evidentemente, não é o nosso caso (cf. Neves, 1992a:50ss.).

² "Os problemas hermenêuticos complexos residem no espaço que o texto normativo deixa aberto às diversas possibilidades de compreensão" (Müller, 1984:160).

³ Formulando de forma mais radical, afirma Müller (1990b:20): "O texto normativo não é [...] componente conceitual da norma jurídica, mas sim, ao lado do caso a decidir juridicamente, o mais importante dado de entrada do processo individual de concretização". Cf. também *ibid.*:127 e 129; Jeand'Heur, 1989:22.

normativo como “o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual” (1984:253; cf. 1990b:128). Nesse sentido, Müller define a normatividade em duas dimensões; “Normatividade” significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*)” (1984:258; cf. também Christensen, 1989:87). Se o âmbito normativo, que importa uma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso (cf. 1984:253-56, 1990b:128, 1994: esp. 136; Christensen, 1989:88), não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida (cf. 1984:171). Faltam, então, as condições e os pressupostos para a “produção” da norma jurídica - “que rege imediatamente um caso determinado” - e, portanto, da norma de decisão - “imediatamente normativa, reguladora do caso determinado”⁴. Nesse contexto não se fala de legislação e de atividade constituinte como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal (“Gesetzestextgebung”) ou de emissão de texto constitucional (“Verfassungstextgebung”) (1984:264 e 270). A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização⁵.

Com a perspectiva de Müller, “referente à matéria”, compatibiliza-se a orientação de Häberle, “relativa a pessoas e grupos” (assim as qualifica Ladeur, 1985:384s.). Através do ensaio “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, Häberle (1980b), além de indagar os fins e métodos da interpretação constitucional, põe sobretudo a “questão dos *participantes*”, para propor a tese: “Nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos” (1980b: 79s.). O fato de que o Direito

⁴Sobre a distinção entre norma jurídica (geral) e norma decisória (individual), ver Müller, 1984:264ss. Cf. *idem*, 1990a:48; Christensen, 1989:88.

⁵“A norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso” (Müller, 1984:273). Cf. Christensen, 1989:89. Nesse sentido, afirma Müller que o juiz não é “legislador de segundo grau”, mas sim “o único legislador, mesmo que isso soe estranho” (1990b:127, nota 16). Para uma explanação didática da concepção de Müller em língua portuguesa, ver a síntese de Canotilho, 1991:208ss. e 221ss.

Constitucional “material”, conforme esse modelo, surge de uma multiplicidade de interesses e funções, implica a diversidade prática de interpretação da Constituição (1980b: 93s. Dessa maneira, não se superestima a significação do texto constitucional, como na doutrina tradicional da interpretação (1980b:90). No primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a “esfera pública pluralística”⁶. De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar: o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional.

3. O Problema da Concretização Constitucional no Brasil

Com base na exposição sobre relação entre texto e realidade constitucionais, é possível estabelecer uma discussão frutífera em torno da seguinte questão: em que medida não é suficientemente generalizada a concretização normativo-jurídica do(s) texto(s) constitucional(is) brasileiro(s)? Parte-se aqui do pressuposto da metódica normativo-estruturante (Müller) de que “do texto normativo mesmo - ao contrário da opinião dominante - não resulta nenhuma normatividade” (Jeand' Heur, 1989:22). Por outro lado, não fazemos uma distinção entre realização e concretização constitucionais (em sentido diverso, ver Canotilho, 1991:207-209). Tal distinção só teria sentido se não incluissemos no processo concretizador todos os órgãos estatais, indivíduos e organizações privadas, restringindo-o à construção da norma jurídica e da norma de decisão pelos órgãos encarregados estritamente da “interpretação-aplicação” normativa. A concretização constitucional abrange, contudo, tanto os participantes diretos do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição quanto o “público” (cf. Häberle, 1980b: 82s., enumerando os participantes do procedimento de interpretação constitucional.). Nesse sentido, ela envolve o conceito de realização constitucional. Mas não se trata de

⁶“O jurista constitucional é apenas um intermediário” (Häberle, 1980b:90). Dessa maneira, Häberle deixa de considerar o papel seletivo que os participantes, em sentido estrito, do procedimento de interpretação da Constituição (cf. 1980b:82s.) desempenham perante o público. Visto que a “esfera pública” não constitui uma unidade, mas sim uma pluralidade de interesses conflitantes, surgem expectativas constitucionais contraditórias, que serão, portanto, selecionadas ou excluídas no processo interpretativo da Constituição.

um simples conceito sociológico, relevante apenas em uma perspectiva externa, tendo implicações internas, ou seja, do ponto de vista da auto-observação do sistema jurídico⁷. E pode-se afirmar que a falta generalizada de concretização das normas constitucionais pode significar a própria impossibilidade de uma distinção entre abordagens internas e externas (Nesse sentido, cf. Neves, 1992a: 206s. e 210).

Parece-nos que o problema, no Brasil, não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha sua relevância específica ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição (cf. Neves, 1992a: esp. 83ss., 1994:42ss.). Ao texto constitucional falta, então, normatividade. Em linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem "expectativas normativas congruentemente generalizadas"⁸. Nas palavras da metodologia normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados lingüísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais). Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos lingüísticos contidos no programa normativo. O âmbito da matéria - "o conjunto de todos os dados empíricos [...] que estão relacionados com a norma" (Christensen, 1989:88) - não se encontra estruturado de tal maneira que possibilite o seu enquadramento seletivo no âmbito normativo. Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele

⁷ Quanto à distinção entre perspectiva interna ou auto-observação e perspectiva externa ou hetero-observação, em referência, respectivamente, à teoria do Direito/dogmática-jurídica e à sociologia do Direito, ver Luhmann, 1989: 1986; esp. 19, 1987:360s.; Carbonnier, 1978:22s.

⁸ Reportamo-nos aqui à definição de Direito formulada por Luhmann: "... estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento" (1987: 105). Ou simplesmente: "expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas" (1987: 99). Formulando-se de maneira diferente, afirma-se que "o Direito preenche amplas funções de generalização e estabilização de expectativas normativas" (1974: 24).

não decorre, com caráter generalizado, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada-estruturada pela realidade a ela coordenada.

Numa visão sistêmico-teórica, o âmbito da matéria (econômico, político, científico, religioso, moral etc.), subordinado e orientado por outros códigos-diferença (ter/não-ter, poder/não poder, verdadeiro/falso etc.), sejam eles sistematicamente estruturados ou envolvidos no "mundo da vida", não estaria em condições de submeter-se a uma comutação seletiva por parte do código jurídico de diferença entre lícito e ilícito. Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente. Ao contrário, no caso brasileiro ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do "mundo da vida", de tal maneira que, no plano constitucional, ao código "lícito/ilícito sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais". Nessa perspectiva, mesmo se admitindo a diferença entre constitucional e inconstitucional como código autônomo no interior do sistema jurídico (cf. Luhmann, 1990:188s.), "o problema reside não apenas na constitucionalidade do Direito, ele reside, primeiramente, já na juridicidade da Constituição" (Luhmann, 1992:3). Pode-se afirmar que a realidade constitucional, enquanto meio ambiente do Direito Constitucional, tem relevância "seletiva", ou melhor, destrutiva, em relação a esse sistema.

Numa leitura da concepção pluralística e "processual" da Constituição, tal como a formulou Häberle¹⁰ é possível afirmar que o problema está vinculado à não-inclusão de uma "esfera pública" pluralista no processo de concretização constitucional. Mas não apenas: além de ausência de um "público pluralista" como participante (em sentido lato) do processo de concretização constitucional, as

⁹ A noção de "mundo da vida" refere-se aqui simplesmente à esfera das ações e vivências que não se encontram diferenciadas sistematicamente, sem qualquer pretensão de reconstrução ética no sentido de Habermas, 1982: 171ss., 1992: 37ss., 1973: 9s. Cf. Neves, 1994:85, nota 150.

¹⁰ Além do artigo já citado no item 2 (Häberle, 1980b), ver, a respeito, os outros trabalhos publicados na mesma publicação - Häberle, 1980a.

disposições constitucionais, com freqüência, não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente à sua interpretação-aplicação. Nesse sentido, não tem validade, no caso brasileiro, a afirmativa de Hesse, baseada na experiência constitucional da (antiga) Alemanha Ocidental: "Na relação entre União e Estados-Membros (*Landern*), na relação dos órgãos estatais entre si como em suas funções, a argumentação e discussão jurídico-constitucional desempenham um papel dominante" (1984:15). Na experiência constitucional brasileira, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de "socavar" a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la continua e casuisticamente". Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do "público", não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material¹².

Quando apresentamos dessa mancira o problema da concretização constitucional no Brasil, inegavelmente abrimos espaço para interpretações simplificadoras, como se estivéssemos sugerindo que ao texto constitucional brasileiro faltasse qualquer normatividade. Evidentemente, a concretização nunca é perfeita, pois, caso contrário, a própria noção de normatividade estaria diluída. Entre o abstrato e o concreto sempre há falta de identidade (cf. Luhmann, 1974: 52). O que pretendemos observar é que, no nosso contexto, entre partes importantes e amplas do documento constitucional na sua formulação abstrata, de um lado, e a práxis dos agentes estatais, indivíduos e organizações, de outro lado, há uma desconexão tão intensa que a referência normativa indicada no texto perde o seu sentido de congruente generalização de expectativas normativas.

Se essa postura teórica implica, por um lado, a rejeição da tendência juspositivista de confundir texto com norma constitucional,

¹² Aqui nos reportamos a Grinm, 1989:637 ou 1991:18, que distingue, numa linguagem muito singular entre "realidade constitucional socavante da Constituição" e "realidade constitucional violadora da Constituição".

¹³ Sobre normatização, institucionalização e identificação de sentido como mecanismos de generalização do Direito, respectivamente, nas dimensões temporal, social e material, ver Luhmann, 1987: esp. 94ss.

ela afasta também qualquer concepção puramente retórica, que reduz a práxis jurídica de interpretação-aplicação normativa ao mero jogo discursivo, sem qualquer vínculo com a "legislação" (aqui, o texto constitucional). Tal compreensão do problema, que nos parece simplificadora, é incompatível com a própria noção de deturpação ou bloqueio no processo de concretização. Embora sejam possíveis diversos caminhos de concretização das normas constitucionais - tendo em vista a plurivocidade (semântica) dos textos e a diversidade (pragmática) dos agentes constitucionais (Neves, 1988: esp. 127ss., 1992a: 58ss., 1994: 79ss.) -, o ato concretizante precisa ser argumentativamente reconduzível ao texto constitucional (Müller, 1994:134). É claro que, assim como ocorre com o processo constituinte, o processo concretizador realiza uma seleção de expectativas normativas. Sendo que, nesse caso, para que se possa falar de concretização consistente, a seletividade refere-se a expectativas normativas decorrentes do texto e a ele dirigidas. Caso o caminho seguido não tenha nada a ver com o modelo elaborado lingüisticamente pelo constituinte, não cabe falar de concretização das respectivas normas constitucionais, mas sim de bloqueio ou deturpação do processo concretizador.

4. O Município na Estrutura do Texto Constitucional Brasileiro

Os textos constitucionais brasileiros têm dado grande ênfase ao papel do Município na estrutura político-administrativa do Estado brasileiro (cf. Meirelles, 1993: 29ss.; Castro, 1992:25ss.; Ferreira, 1993:21ss.). Pode-se mesmo observar uma evolução da simples autonomia administrativa (Constituição de 1824, Arts. 28-30), ao poder de auto-organização plenamente atribuído pela Constituição Federal de 1988 (Art. 29)¹⁴. Esses diversos níveis de autonomia expressam-se claramente no texto constitucional em vigor (Arts. 1º, 18, 29, 30; Art.

¹⁴ Os textos constitucionais de 1937 e 1967/69, por constituir "cartas" autoritárias e centralizadas, implicaram antes invocações no processo tendente à autonomia dos municípios. Em sentido diverso, cf. Horta, 1982: 108ss. Já o texto constitucional de 1891 referiu-se à autonomia municipal apenas no Art. 68, deixando vaga essa noção: "Os Estados organizarem-se de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse." Essa vaguença cede um pouco com a Revisão Constitucional de 1926, que "inclui a autonomia municipal entre os princípios constitucionais da União (Art. 6º, II, f), cuja eficácia ficaria assegurada pelo mecanismo drástico da intervenção federal da União no Estado" (Horta, 1982:110).

34, VII, c; Arts. 156, 182 e 183; Art. 11 do ADCT). No plano político-administrativo, a autonomia estaria assegurada pela eleição dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores (Art. 29). Do ponto de vista político-legislativo, a autonomia seria definida pela competência atribuída aos Municípios em matéria legislativa, seja privativamente quanto concorrente, suplementar ou complementarmente aos Estados e à União (Art. 30). Vinculada à autonomia político-legislativa, apresenta-se a autonomia financeira, que se destaca sobretudo através do poder de instituir tributos (Art. 30, III, e Art. 156). Por fim, o poder de auto-organização - que evidentemente não implica "soberania", pois está limitado à Constituição Federal e à do Estado respectivo - expressa-se através da competência para a elaboração da lei orgânica (Art. 29; Art. 11 do ADCT)¹⁴. Além do mais, o Município foi elevado explicitamente a entidade estatal integrante da Federação (Arts. 1º. e 18¹⁵).

A autonomia municipal não significa, porém, falta de previsão de controles jurídico políticos da atividade dos agentes municipais. Já no Art. 31 da Constituição Federal encontra-se prevista a fiscalização do Município mediante "controle externo" da Câmara Municipal, auxiliada pelos "Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver" (§ 1º), e "controle interno" do Poder Executivo Municipal. Porém, os mecanismos de controle dos atos municipais não se restringem a esse dispositivo constitucional, exigindo uma tipificação sistemática dos mesmos a partir do texto constitucional.

5. Tipos de Controle dos Atos Municipais no Texto Constitucional de 1988.

¹⁴ Na vigência do sistema constitucional anterior, surgiram divergências doutrinárias em torno da interpretação do Art. 14 da Constituição Federal, discutindo-se se a competência para editar a lei orgânica caberia aos próprios Municípios ou aos respectivos Estados-Membros. A tendência predominante, porém, foi no sentido da competência dos Estados-Membros para estabelecerem legalmente a organização dos seus Municípios (cf. *Meirelles*, 1977: 51 ss.; *Silva*, 1989: 9, 1990: 539 contra essa orientação, *Pontes Filho*, 1985: 142 ss.).

¹⁵ Críticos em relação a essa orientação, cf. *Silva*, 1990: 408s. e 537s.; *Castro*, 1992: 38ss. Favorável a ela já no sistema constitucional anterior ver *Meirelles*, 1977: 20-22; cf. também *Bastos*, 1988: 418s.

A partir do texto constitucional vigente, podem-se classificar os procedimentos e mecanismos controladores dos atos municipais em intramunicipais e extramunicipais. Quanto aos controles intramunicipais, cabe distinguir os internos (também chamados "introrgânicos") e os externos (também denominados "interorgânicos"). Com relação aos controles extramunicipais, podem se distinguir o jurisdicional, o intervencional e o da cidadania¹⁶.

Entre os controles intramunicipais internos, incluem-se, em primeiro lugar, aqueles realizados pelo Executivo municipal sob as atividades dos seus próprios órgãos ou das entidades da administração indireta a ele vinculado (C.F., Art. 31, *caput*); mas deles também faz parte o controle da Câmara Municipal sobre os seus próprios atos e procedimentos, embora não seja esta a terminologia constitucional. Entre os controles internos dos atos do Executivo municipal, destacam-se, além do autocontrole¹⁷ e do controle hierárquico, as auditorias, os conselhos de contribuintes, as procuradorias judiciais e as comissões de política ou administração de pessoal. Quanto à Câmara Municipal, cabe acrescentar o controle preventivo dos seus atos políticos pelo plenário e pelas comissões, especialmente o controle de constitucionalidade dos projetos de lei. Evidentemente, a consistência jurídico-constitucional do Executivo e do Legislativo municipal dependem do funcionamento eficiente de tais mecanismos de controle interno. Na medida em que eles são deixados de lado ou deturpados por injunções políticas particularistas, o Município perde o seu sentido constitucional.

Os controles intramunicipais externos são principalmente aqueles realizados pela Câmara Municipal sobre os atos do Executivo municipal (C.F., Art. 31, *caput*, §§ 1º e 2º), mas incluem também o controle do Legislativo pelo Executivo, como no caso do voto. Quando a Câmara Municipal exerce o controle externo com o auxílio do Tri-

¹⁶ A tipificação aqui utilizada é estabelecida com vistas aos fins do presente trabalho. Embora não sejam referidas outras possibilidades de classificação dos controles dos atos administrativos, não se desconhece a sua relevância em outros contextos. A respeito, cf. *Medoniar*, 1993: 23ss.

¹⁷ "É a fiscalização exercida pela própria autoridade, que editou o ato ou responsável pela atividade, sobre sua atuação" (*Medoniar*, 1993: 43).

bunal de Contas do próprio Município, o controle permanece puramente intramunicipal. Onde não houver estes (na maioria dos casos), as câmaras são auxiliadas pelos Tribunais de Contas do Estado, sendo o controle intramunicipal externo auxiliado por controle extramunicipal. O controle externo exercido pela Câmara Municipal com o auxílio dos Tribunais de Contas é eminentemente financeiro ou patrimonial. E mesmo quando se exige o controle dos atos de administração de pessoal pelos Tribunais de Contas (Art. 71, III, c/c Art. 75), há uma preocupação precípua com a administração dos recursos materiais e financeiros do Município. Entretanto, a Câmara Municipal exerce controles político-administrativos que não estão vinculados necessariamente à atividade dos Tribunais de Contas, como na hipótese de cassação de mandato do prefeito e nos casos dos pedidos de informações e de seu comparecimento à Câmara. Uma câmara eficiente nos controles interorgânicos é imprescindível à concretização normativa consistente do modelo de Município previsto no texto constitucional.

Além dos controles intramunicipais, a Constituição prevê mecanismos de controle extramunicipais dos atos do Município. Já nos referimos ao controle atribuído aos Tribunais de Contas dos Estados em auxílio ao controle das Câmaras Municipais. Observe-se que as competências dos Tribunais de Contas foram ampliados sobremaneira no sistema constitucional em vigor (C.F. Art. 71 c/c Art. 75). Cabe sublinhar também que a Constituição Federal atribui aos cidadãos, além do controle genérico através do procedimento eleitoral, poder específico de fiscalização financeira, quando estabelece no Art. 31, § 3º, "que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e aplicação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei". Tal dispositivo, além de não ter tido até agora uma suficiente regulamentação constitucional, não vem sendo utilizado adequadamente.

Entre os mecanismos extramunicipais de controle dos atos administrativos e políticos do Município, merece destaque o controle judicial, que implica a atividade do Ministério Públco como instituição essencial à justiça (C.F., Art. 127-130). Recebeu especial tratamento

constitucional o controle jurisdicional da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais (cf. *Diniz*; 1993). Além do controle incidental da constitucionalidade, que pode chegar, pela via recursal, ao Supremo Tribunal Federal (C.F. Art. 102, III, a e c) e a representação intervintiva (C.F. Art. 35, IV), é possível a ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual, a ser julgada pelo respectivo Tribunal de Justiça do Estado (C.F., Art. 125 § 2º), de cuja decisão não cabe qualquer recurso¹⁸. A Constituição Federal também dá um destaque especial ao julgamento do prefeito pelo Tribunal de Justiça do Estado (Art. 29, VIII)¹⁹. Por fim, entre os controles dos atos municipais, a Constituição Federal prevê em seu Art. 35 o controle intervintivo. Tal controle também pode exigir a participação do Tribunal de Justiça Estadual para a sua consecução pelo Executivo (Art. 35, IV). Em regra, exige-se aprovação da Assembleia Legislativa Estadual (Art. 36, § 1º, e a exceção do § 3º). A aplicação constitucional rigorosa do Art. 35 pelos Estados levaria seguramente a um caos político-administrativo, considerando-se a inobservância, por parte da maioria dos municípios, das exigências e dos princípios a que se refere esse dispositivo constitucional.

6. A Fragilidade dos Mecanismos Constitucionais de Controle dos Atos Municipais. Uma Referência à Administração e Política de Pessoal

Considerado o conjunto de mecanismos oferecidos pelo texto constitucional para o controle dos atos municipais, pode-se afirmar, sem excluir outras possibilidades e alternativas, que eles seriam satisfatórios se houvesse um grau mínimo de concretização normativo-

¹⁸O sistema constitucional brasileiro não admite a arguição em tese da inconstitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, conforme jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Constituição de 1967/69 (cf. *Neves* 1988: 108, nota 78) e consolidada na vigência da Constituição de 1988 (cf. *Diniz* 1993: 19ss.). *Bastos* (1979), *Silva* (1979), *Grinover* (1979) e *Dallari* (1979) manifestaram-se, com base na Constituição do Estado de São Paulo de 1967/69, favoráveis ao controle judicial em tese da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal de 1967/69. No sentido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda à luz da Constituição anterior, ver *Mendes*, 1990: 300ss. (esp. 316-319). Contrário à orientação do STF, cf. *Diniz*, 1993: 17ss.

¹⁹E evidente que se excluem o julgamento por infração político-administrativa e a respectiva cassação do mandato do prefeito, de competência da Câmara Municipal. Cf. *Meirelles*, 1993: 580ss.; *Silva*, 1990: 543.

constitucional dos respectivos dispositivos. A situação é diametralmente inversa na práxis político-jurídica do Executivo e do Legislativo municipais no Brasil. Se é verdade que, por força de deturpações e bloqueios do processo concretizador, é inadequado, no Brasil, falar-se da "Constituição como espelho da esfera pública", parece-nos que tal assertiva ganha um significado muito maior com relação aos municípios. Embora também seja aplicável ao âmbito federal e estadual, é muito mais carente de base empírica afirmar que a esfera pública municipal reflete o modelo constitucional referente aos municípios. A grande maioria dos municípios convive estruturalmente à margem da constituição não só no que diz respeito à generalização de inconstitucionalidades e ilegalidades da administração e política patrimonial, financeira e de pessoal, mas também pela falta do mínimo de infra-estrutura para o seu funcionamento conforme à Constituição. E mesmo nos municípios de maior porte, que possuem a infra-estrutura de recursos necessários ao enquadramento no modelo constitucional, parece-nos que há uma dificuldade de concretização consistente dos mecanismos constitucionais de controle dos atos políticos e administrativos.

É principalmente no âmbito da administração e política de recursos humanos que os procedimentos constitucionais de controle da legalidade e constitucionalidade dos atos municipais apresentam-se mais frágeis. Não é preciso um levantamento estatístico mais cuidadoso para que se chegue a essa conclusão. Os casos de inconstitucionalidade e ilegalidade da administração e política de pessoal repetem-se abertamente, e com freqüência os órgãos de controle interno e externo atuam mais no sentido de encobrir os vícios, atribuindo validade jurídica aos respectivos atos. A partir da experiência como procurador judicial do Município do Recife, que evidentemente não constitui um dos casos mais graves, podemos nos referir a algumas situações típicas: a investidura em cargo público sem conformidade com os princípios constitucionais; progressão e ascensão irregulares; concessão de vantagens sem a devida fundamentação constitucional e legal, especialmente em detrimento do princípio da isonomia.

A exigência de concurso público para a investidura em

cargos e empregos públicos é um dos princípios constitucionais da administração pública, excetuando-se apenas os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Art. 37, II) e "os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", a serem estabelecidos por lei (Art. 37, IX). O desrespeito a esse princípio inicia-se, e nesse caso o problema também atinge os Estados e a União, com a efetivação e estabilização indiscriminada de servidores não admitidos por concurso público, através das leis que instituiram o "regime único"²⁰. Infringiu-se explicitamente o Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que exigiu cinco anos continuados de exercício, na data da promulgação da constituição, para a estabilização de servidores não admitidos por concurso público. E o dispositivo determinou apenas a "estabilização", impondo a exigência de concurso para fins de efetivação dos estabilizados, nos termos do § 1º. do Art. 19 do ADCT. A hermenêutica mais correta seria, portanto, a estabilização apenas daqueles que já se encontravam em exercício continuado por cinco anos em 05 de outubro de 1988, que passariam a formar um quadro suplementar, caso não se efetivassem mediante o concurso previsto neste dispositivo. Os demais poderiam permanecer como servidores sem estabilidade. Tal interpretação já seria suficiente para possibilitar o chamado "enxugamento da máquina administrativa". Mas tal solução pressuporia critérios gerais e impessoais, incompatíveis com os interesses políticos das chamadas "medidas moralizadoras".

Da mesma maneira, é comum a utilização de mecanismos derivados de investidura em cargo público, muitas vezes inadequadamente denominados de "ascensão", como burla ao princípio constitucional do concurso público. É verdade que a ascensão, no seu sentido doutrinário preciso - enquanto "forma" de provimento derivado consistente na elevação do titular do cargo alocado na classe final de uma dada carreira (série de classes) para cargo de classe inicial de outra carreira, predefinida legalmente como complementar da ante

²⁰ No Município do Recife, cf. Lei nº. 15.335, de 12.02.1990 (D.O.C.R., 14-02.1990). No plano federal, tal efetivação e estabilização decorreram do Art. 243 da Lei nº. 8.112, de 11.12.90. Para a crítica dessa "escandalosa" e "gritante" inconstitucionalidade, ver *Bandeira de Melo*, 1991: 7-8, nota 2; 13-17.

rior" (*Bandeira de Mello*, 1991:39) -, poderia ser compatibilizada hermenêuticamente com o sentido do Art. 37, inciso II. O Supremo Tribunal Federal, porém, interpretou-a como modo de investidura inconstitucional (Ac. em Ses. Plen., publ. em 13.11.92 - ADI 231-7-RJ - Rel. Min. Moreira Alves). Não vejo qualquer absurdo hermenêutico em nenhuma dessas orientações. O problema é que, sob a rubrica "ascensão", possibilita-se inconstitucionalmente que funcionários passem a ocupar cargos pertencentes a carreiras que não têm nenhuma conexão com o cargo que ocupa. Assim é que, de acordo com a Lei Municipal (do Recife) nº. 15.643/92, Arts 5º. e 6º., seria possível a "ascensão" do cargo de auxiliar de serviços gerais para o de procurador. Embora essa lei não tenha sido aplicada pela administração municipal, a prática dos modos de investidura derivada em desrespeito ao princípio constitucional do concurso público é uma constante nos municípios brasileiros. E, com freqüência, a ilegalidade e a inconstitucionalidade dos atos administrativos que procedem aos provimentos inconstitucionais de funcionários para cargos de nível mais elevado na estrutura do serviço público são encobertos pelo controle jurisdicional através do argumento da isonomia. Há uma inversão de valores jurídicos. Aqueles não beneficiados pelo ato ilegal e inconstitucional argumentam judicialmente com base no princípio constitucional da isonomia e alcançam no judiciário os mesmos resultados do beneficiado administrativamente. É o caso da Apelação Cível nº. 975/85, em cujo acórdão (de 02.02.1989) o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco estabeleceu inconstitucionalmente que funcionários fossem reclassificados do cargo de "agente de arrecadação" para o de "assistente técnico financeiro", com base na isonomia em relação àqueles que foram reclassificados ilegalmente por atos do Executivo Municipal do Recife²¹. É de se observar que, mesmo no sistema constitucional anterior, tais atos administrativos eram inconstitucionais, porque não havia, no caso, a lei determinadora da exceção quanto à exigência do concurso público (Art. 97, § 1º., da Constituição Federal de 1967/69).

²¹ Mais recentemente, vinte e nove funcionários obtiveram o mesmo benefício através de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (cf. *Jornal do Commercio*, Recife, 03.06.1994, caderno "Cidades", pág. 1).

Outro caso de burla ao princípio constitucional da investidura em cargo ou emprego público mediante concurso público encontra-se na deturpação do Art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, que prescreve: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público". Na prática político-administrativo dos Municípios, recorre-se freqüentemente a esse dispositivo para respaldar contratações que nada têm a ver com "a necessidade temporária de excepcional interesse público". Contrata-se indiscriminadamente servidores para funções do cotidiano administrativo e encobre-se a inconstitucionalidade com a invocação de dispositivo constitucional inaplicável no caso. É verdade que essa prática de contratação inconstitucional é mais comum nos Municípios de pequeno porte, sem infra-estrutura administrativa e social que possibilitem a rotinação dos concursos públicos. Mas ela pode ser verificada, não raramente, nos Municípios de maior porte, como no caso do Recife. Apesar das limitações contidas na Lei Orgânica do Município do Recife Art. 63 inciso IX, e na Lei Municipal nº. 15.612/92, há uma tendência, na Administração Pública do Recife, a recorrer-se abusivamente à exceção prevista no Art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, contratando-se servidores por tempo determinado e prorrogando-se o prazo, sem que esteja presente qualquer argumento plausível no sentido da "necessidade temporária de excepcional interesse público". E, não raramente, a extinção da relação contratual em virtude do término do prazo legalmente estabelecido dá ensejo a requerimentos administrativos e reclamações trabalhistas por indenização ou estabilização, em total desacordo com o sentido do citado dispositivo constitucional.

Quanto à concessão de vantagens, as práticas administrativas inconstitucionais são as mais diversas, principalmente em detrimento do princípio constitucional da isonomia. Um caso interessante é aquele em que gratificações que privilegiavam certos servidores públicos, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da isonomia, foram incorporadas aos seus vencimentos-base e extintas, elevando-se os vencimentos-base dos servidores que não o percebiam, com pretensão

de instituir a isonomia de vencimentos (cf. Lei Municipal do Recife nº. 15.054/88, Art. 9º.). Aposentados que tiveram o valor correspondente a tais gratificações anteriormente incorporados aos proventos, sustentaram judicialmente que a lei retirou-lhes tal valor ao tratar os proventos como uma unidade, sem discriminá-lo valor das "gratificações extintas", e exigiram que fosse restaurado o respectivo percentual. O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco manifestou-se favoravelmente a diversos mandados de segurança que requeriam tal restauração (cf., entre outros, MS nº. 1057/88, acórdão de 01.12.1988; MS nº. 1058/88, acórdão de 19.06.1989). O Executivo Municipal, através do Decreto Municipal nº. 15.151, de 20.07.1990, acolheu, embora de forma inviesada, essa orientação, estendendo tal benefício aos demais aposentados na mesma situação. Tal concessão contrariava o Art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal: "Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento". Além do mais, surgiu uma quebra de isonomia no sentido inverso do Art. 40, § 4º., da Constituição em vigor: os aposentados passaram a ser privilegiados em relação aos ativos²². Nesse caso, o "controle" extramunicipal do judiciário veio para estimular prática manifestamente inconstitucional do Executivo.

Também a incorporação das referidas gratificações aos vencimentos tem implicações no problema da chamada "estabilidade financeira" instituída pelo Art. 79, § 2º., inciso XXX, da Lei Orgânica do Município do Recife. Sem discutir aqui a controvérsia em torno da inconstitucionalidade formal e material de tal dispositivo, observa-se que as "gratificações" incorporadas ao vencimento com base no Art. 9º. da Lei Municipal (do Recife) nº. 15.054/88 tiveram os seus respectivos tempos de percepção computados para fins de "estabilidade financeira" referentes a gratificações e comissões concedidas posteriormente. O Parecer Normativo nº. 1/93-SAJA, do Secretário de Assuntos Jurídicos e Administrativos do Município

²² Também servidor em atividade obteve decisão judicial favorável no mesmo sentido de restauração de "gratificações" incorporadas ao vencimento (cf. Tribunal Regional do Trabalho da 6a. Região, Proc. TRT RO 2793/89, acórdão de 16.05.1989).

do Recife, (D.O. C.R., 31.03.- 01.04.1993), verificando essa prática administrativa ilegal, estabeleceu que o período de percepção de "gratificações" já incorporadas não poderá ser computado para fins de estabilidade financeira, e determinou a anulação das estabilidades financeiras já concedidas com tal vício. Como que um "direito adquirido ilegalmente", as situações pretéritas nunca foram atingidas. A rigor, o referido Parecer Normativo nº. 1/93 nunca foi implantado. As injunções políticas, as pressões corporativas e as relações pessoais, considerando principalmente o número de beneficiários, impediram qualquer regularização consequente da estabilidade financeira, mesmo abstraindo-se os argumentos pela sua inconstitucionalidade²³.

Quanto à administração e política de vencimentos e vantagens dos servidores, além de não se observar um controle eficiente do Poder Judiciário (também envolvido em práticas administrativas de legalidade e constitucionalidade discutível), é possível igualmente perceber-se inconsistência jurídica na atuação dos Tribunais de Contas dos Estados, que, em parte, parece resultar do caráter eminentemente político-partidário de seus membros. Um exemplo recente refere-se à Lei Municipal (do Recife) nº. 15.559/91, cujo Art. 1º, § 1º, proibiu que procuradores municipais fossem postos à disposição da União, dos Estados e de outros Municípios com a percepção da "representação judicial", parte mais elevada dos seus vencimentos, assegurando os direitos de funcionários já postos à disposição. Embora seja um exemplo isolado, é sintomático da fragilidade da fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas. Procurador que já se encontrava à disposição do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco na data de entrada em vigor da mencionada lei foi posto posteriormente à disposição do Município de Olinda, sem perder a "representação judicial". Após denúncia de um outro procurador municipal, o Tribunal de Contas sustentou absurdamente que o Estatuto dos Funcionários Públicos do

²³ No sentido da inconstitucionalidade manifestou-se recentemente o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (Decisão nº. 680/94, D.O.E.PE., 02.07.1994), com base em medida liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade, que suspendeu os efeitos de dispositivo literalmente idêntico da Constituição do Estado de Pernambuco. Essa já era a posição predominante na Procuradoria Extrajudicial da Secretaria de Assuntos Jurídicos e Administrativos do Município, expressa em inúmeros pareceres.

Município do Recife (aprovado pela Lei Municipal nº. 14.728/85) seria lei complementar, não passível de modificações por lei ordinária, além de afirmar a constitucionalidade da Lei nº. 15.559/91 em face do princípio constitucional de isonomia (C.F. Art. 5º, *caput*) (cf. Proc. T. C. nº. 9300675-5, Acórdão T.C. nº. 2686/93, de 30.09.1993). Como não há lei complementar na estrutura do Município do Recife, sendo o Estatuto dos Funcionários Públicos uma lei ordinária tanto como a Lei nº. 15.559/91, nada impediria que aquele fosse modificado por esta. E isso ocorre com inúmeras leis extravagantes que modificam freqüentemente o citado Estatuto, como as Leis nº.s. 15.054/88 e 15.127/88. Quanto ao pseudo-argumento da isonomia, é evidente que o funcionário pode ser posto à disposição com ônus total ou parcial, como também sem ônus para o Município, dependendo de critérios de conveniência e oportunidade política estabelecidos pelo Legislativo ou Executivo. Sua situação distingue-se nitidamente daquela dos funcionários que estão em efetivo exercício no Município e depende de sua aquiescência. É verdade que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco poderia encontrar elementos para uma interpretação favorável ao servidor que estava à sua disposição; mas o caminho seguido é indício de quanto é frágil o controle de constitucionalidade que os tribunais de contas vêm realizando com relação à administração municipal.

Embora os casos de fragilidade do controle de constitucionalidade e legalidade dos atos municipais referentes à administração e política de pessoal tenham sido retirados diretamente da experiência do Município do Recife, parece que são exemplos típicos da situação de "marginalidade" constitucional e legal da grande maioria dos municípios brasileiros. Apesar de não contarmos com elementos de pesquisa empírica generalizável, a observação cotidiana aponta no sentido de que em municípios de menor porte administrativo o problema é muito mais grave. O modelo constitucional está bem mais distante da administração e política de pessoal, destacando-se as contratações irregulares de servidores e a concessão de benefícios pecuniários privilegiadores de uma minoria e, muitas vezes, inferiores ao "salário mínimo" legal para grande parte dos servidores.

7. Considerações Finais

Os problemas de insuficiente concretização normativa do texto constitucional brasileiro aqui analisados, com especial referência à administração e política de pessoal, exige uma reconstrução teórica da discussão em torno do dilema entre ampliação da autonomia e necessidade de controle dos Municípios. É que a tendência "autonomista" está vinculada freqüentemente aos "patrimonialismos locais"²⁴, sem qualquer compromisso com o modelo constitucional democrático. Portanto, a intensificação de controles extramunicipais eficientes do Município não estaria vinculada à redução de sua autonomia, antes seria condição de sua possibilidade. Mas os mecanismos e agentes constitucionais de controle dos atos municipais, a que caberia a imunização do Município em face das injunções dos interesses particularistas (políticos, econômicos, familiares, corporativos, de boas relações etc.), ainda não se desintrincaram de tais interesses. Conseqüentemente, autonomia e controle extramunicipais não podem ser vistos, no plano da concretização normativa do texto constitucional, como grandezas antitéticas. De certa maneira, os instrumentos de autonomia e controle confluem, não raramente, para a manutenção da "marginalidade" constitucional da maioria das municipalidades brasileiras.

A maior gravidade dessa situação no âmbito da administração e política de pessoal dos Municípios pode ser atribuída à maior proximidade das edilidades aos interesses de grupos privilegiados, de um lado, e às necessidades prementes da população carente, de outro lado. Não se trata, portanto, de um problema a ser interpretado a partir do modelo tradição/modernidade, eis que já não vigoram princípios morais que justifiquem a práxis "patrimonialista". Antes é um dos problemas de uma modernidade periférica desestruturada pelos grandes abismos sociais, que impedem a autonomia operacional do sistema jurídico (cf. Neves, 1992a: *passim*). Sobressai-se aquilo que vimos chamando de relações de sobreintegração e subintegração (cf. Neves, 1992c, 1992a: 94-98). Os

²⁴ Sobre o "patrimonialismo" na história político-administrativa do Brasil, ver Faoro, 1984-85.

sobreintegrados ou sobrecidadãos, que se integram no campo jurídico predominantemente enquanto indivíduos com direitos e poderes, mas sem deveres e responsabilidades, podem manipular o Município com mais facilidade do que em relação ao Estado e à União, exatamente pela maior intimidade e proximidade aos agentes municipais. Os subintegrados ou subcidadãos, que se integram ao cotidiano do Direito prevalentemente através de deveres, responsabilidades e punições, mas não mediante a afirmação de direitos, têm mais possibilidades de obter ajudas "clientelistas" ilegais do Município do que perante o Estado e a União, também em virtude do maior grau de proximidade aos agentes municipais. Sobre pressão dos interesses privilegiados vindos "de cima" e das necessidades prementes que partem "de baixo", a municipalidade e os agentes de controle municipal não encontram as condições e motivações para uma atuação de acordo com o modelo do texto constitucional. A concretização desse modelo é bloqueada e deturpada por injunções extrajurídicas não mediatisadas pelo código de preferência jurídico (Neves, 1992a, 1992b). A fragilidade deste código perante as pressões particularistas concretas de natureza política, econômica, familiar, corporativa e relacional em geral atinge destrutivamente sobretudo a consistência jurídico-constitucional do Município.

Essa degradação do modelo constitucional de Município no processo de concretização não exclui um discurso municipalista que, de certa maneira, encobre ideologicamente o problema. A caracterização do "Município como fortaleza e garantia da liberdade" (Pinto Ferreira, 1980: 425s.) ou como instrumento essencial ao processo de democratização (Baracho, 1985:180), por exemplo, tem uma função predominantemente simbólica. A referência ao Município passa a ser, então, um *topos* de constitucionalização simbólica (Neves, 1994). O modelo constitucional e o discurso constitucionalista a respeito do Município têm pouco significado normativo-jurídico, hipertrofiando-se o seu sentido político-simbólico. Servem para construir a imagem de identificação do Estado e dos agentes estatais com o municipalismo, sem, contudo, alcançarem uma correspondente normatividade concreta.

É evidente que a transformação dessa realidade não pode resultar simplesmente de mutações dos textos legais e constitucionais. Por um lado, os excessos dessas mutações atuam muito mais como mecanismos de legitimação ou constitucionalização simbólica. Por outro lado, as alterações puramente jurídicas não influenciam imediatamente a realidade social circundante, dependendo de mediatisações dos outros campos sociais (cf. Grimm, 1989:638 ou 1991:19). A construção do municipalismo fundado no modelo democrático e federativo do texto constitucional depende de mudanças radicais nas motivações e condições do processo de concretização normativa da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO**, José Alfredo de Oliveira (1985). "Descentralização do Poder: Federação e Município", in: Revista de Informação Legislativa, a. 22, n. 85, jan/mar.1985 (Brasília: Senado Federal), pp.151-184.
- BASTOS**, Celso Ribeiro (1979). "O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais", in: São Paulo (Estado), 1979: 67-77.
- BASTOS** Celso Ribeiro (1988). Comentários à Constituição do Brasil, 1º. vol., São Paulo: Editora Saraiva.
- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio (1991). Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- CANOTILHO**, J. J. Gomes (1991). Direito Constitucional, 5. ed., Coimbra: Almedina.
- CARBONNIER**, Jean (1978). Sociologie juridique, Paris: Presses Universitaires de France.
- CASTRO**, José Nilo de (1992). Direito Municipal Positivo, 2. ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey.
- CHRISTENSEN**, Ralph (1989). "Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des gestezespositivistischen Textmodells", in: Friedrich Müller (org.), 1989: 47-91.
- DALLARI**, Dalmo (1979). "Lei municipal inconstitucional", in: São Paulo (Estado), 1979:115-126.
- DINIZ**, Marcio Augusto de Vasconcelos (1993). "O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais e o princípio da divisão das funções estatais", in: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 113 (São Paulo: Editora Jurid Vellenich), pp. 9-36.
- FAORO**, Raymundo (1984-1985). Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro, 6. ed., Porto Alegre: Globo, vol. I: 1984. vol. 2:1985 (1. ed.:1958).
- FERREIRA**, Wolgran Junqueira (1993). O município à luz da Constituição Federal de 1988, Bauru-SP: EDIPRO.
- GRIMM**, Dieter (1989). "Verfassung", in: Staatslexikon: Recht - Wirtschaft - Gesellschaft, org. pela Görres-Gesellschaft, 7. ed.,

5. vol. (Freiburg/Basel/Wien: Herder), colunas 633-643.
- GRIMM**, Dieter (1991). Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini (1979). "A ação direta de controle da constitucionalidade na Constituição paulista", in: São Paulo (Estado), 1979: 51-66.
- HÄBERLE**, Peter (1980a). Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein/Ts.: Athenäum.
- HÄBERLE**, Peter (1980b). "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpret: Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation" in: idem, 1980a: 79-105 (primeiro in: JZ 1975, pp. 297-305).
- HABERMAS**. Jürgen (1973). Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HABERMAS**, Jürgen (1982). Theorie des kommunikativen Handelns, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, vol. 2.
- HABERMAS**, Jürgen (1992). Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HESSE**, Konrad (1984). "Die normative Kraft der Verfassung", in: idem, Ausgewählte Schriften, org. por P. Häberle e A. Hollerbach, Heidelberg: Müller, pp. 3-18.
- HORTA**, Raul Machado (1982). "A posição do Município no Direito Constitucional federal brasileiro", in: Revista de Informação Legislativa, a.19, n. 75, jul./set.1982 (Brasília: Senado Federal), pp.107-122
- JEAND'HEUR**, Bernd (1989). "Gemeinsame probleme des Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der strukturierten Rechtslehre", in: Friedrich Müller (org.), 1989:17-26.
- JELLINEK**, Georg (1976). Allgemeine Staatslehre, 3. ed., Kronberg/ Ts.: Athenäum.
- LADEUR**, Karl-Heinz (1985). "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der 'Einheit des Rechtssystems'", in: Rechtstheorie 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 383-427.
- LUHMANN**, Niklas (1973). "Politische Verfassungen im Kontext des

- Gesellschaftssystems', in: *Der Staat* 12 (Berlin: Duncker & Humblot), pp.1-22 e 165-182.
- LUHMANN**, Niklas (1974). *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer.
- LUHMANN**, Niklas (1986). *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt am Main: Metzner.
- LUHMANN**, Niklas (1987). *Rechtssoziologie*, 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- LUHMANN**, Niklas (1989). "Le droit comme système social", in: *Droit et Société*, n.11-12 (Paris/Vauresson: L. G. D. J./C.R.I.V.), pp. 53-66.
- LUHMANN**, Niklas (1990). "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (Frankfurt am Main: Löwenklau), pp.176-220.
- LUHMANN**, Niklas (1992). "Zur Einführung", in: Neves, 1992a: 1-4.
- MEDAUAR**, Odete (1993). *Controle da administração pública*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MEIRELLES**, Hely Lopes (1977). *Direito Municipal Brasileiro*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MEIRELLES**, Hely Lopes (1993). *Direito Municipal Brasileiro*, 6. ed., atualizada por I.C.L. Monteiro e Y.D.P. Monteiro, São Paulo: Malheiros Editores.
- MENDES**, Gilmar Ferreira (1990). *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo: Saraiva.
- MÜLLER**, Friedrich (1975). *Recht - Sprache - Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MÜLLER**, Friedrich (1984). *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MÜLLER**, Friedrich (org.) (1989). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik: Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MÜLLER**, Friedrich (1990a). *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot.
- MÜLLER**, Friedrich (1990b). *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, org. por Ralph Christensen, Berlin: Duncker & Humblot.

- MÜLLER**, Friedrich (1994). "Juristische Methodik - Ein Gespräch im Umkreis der Rechtstheorie", entrevista concedida a Jan Möller, in: *Verwaltungsrundschau* 4/1994 (Stuttgart: Kohlhammer), pp.133-136.
- NEVES**, Marcelo (1988). *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, São Paulo: Saraiva.
- NEVES**, Marcelo (1992a). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.
- NEVES**, Marcelo (1992b). "Da Autopoiese à Alopóiese do Direito", in: *Anuário do Mestrado em Direito*, no. 5 (Recife: Editora Universitária/UFPE), pp. 273-98.
- NEVES**, Marcelo (1992c). "Entre Subintegração e Sobreintegração", in: *Revista Acadêmica* (da Faculdade de Direito do Recife), vol. 75 (Recife: Universidade Federal de Pernambuco), pp. 77-103.
- NEVES**, Marcelo (1994). *A Constitucionalização Simbólica*, Guarulhos-SP: Editora Acadêmica.
- PINTO FERREIRA**, [Luiz] (1980). "Município - 1" (verbete), in: *Encyclopédia Saraiva do Direito*, vol. 53 (São Paulo: Editora Saraiva), pp. 448-457.
- PONTES FILHO**, Valmir (1985). "Federalismo e Autonomia Municipal", in: *Revista de Informação Legislativa*, a.22. n. 85, jan./mar.1985 (Brasília: Senado Federal), pp.139-150.
- RITTER**, Ernst-Hasso (1968). "Die Verfassungswirklichkeit - Eine Rechtsquelle?", in: *Der Staat* 7 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 352-370.
- SÃO PAULO** (Estado) (1979). *Ação direta de controle da constitucionalidade de leis municipal*, em tese, São Paulo-SP: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado.
- SILVA**, José Afonso da (1979). "Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal", in: São Paulo (Estado), 1979: 79-114.
- SILVA**, José Afonso da (1989). *O Município na Constituição de 1988*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- SILVA**, José Afonso da (1990). *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

AO DERREDOR DA COUSA JULGADA

André Dias Fernandes

SUMÁRIO

1. INTRÓITO, 2. CONCEITO, 3. COUSA JULGADA FORMAL E MATERIAL, 4. BREVE ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA RES JUDICATA, 5. LIMITES OBJETIVOS, 6. LIMITES SUBJETIVOS, 7. SENTENÇAS QUE NÃO PRODUZEM COUSA JULGADA, 8. COUSA JULGADA, AÇÃO RESCISÓRIA E DECISÕES INJUSTAS, 9. RES JUDICATA NA ESFERA ADMINISTRATIVA, 10. COUSA JULGADA E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, 11. CONCLUSÕES, 12. BIBLIOGRAFIA.

I. INTROITO

Muito há que se vem o homem antecupando com a cousa julgada. CICERO asseverava ser nela que reposa a estabilidade do Estado. Com efeito, assim a res judicata como a prescrição armam à paz social, obstando à perenização dos litígios. Fosse possível haver o válido ajuizamento de lides com os mesmos característicos de outras anteriores e as pendências judiciais nunca teriam termo, desfigurando-se com isso o Estado, visto como suas soluções judiciais em real verdade força alguma teriam. E de tal monta é a imutabilidade das decisões válidas do Estado que se já chegou mesmo a afirmar que o Poder Judiciário existe para carregar definitividade, certeza e segurança às relações sociais, o que faz a poder da tutela jurisdicional prestada pela boca de seus órgãos, que representam, no elegante dizer de FRANCESCO FERRARA, a *viva vox iuris*.

Reza-se, nada obstante, de tormentoso tema, sobre que dissidiam doutrinalmente os DD., *maxime* no que faz à natureza jurídica da causa julgada, consoante ver-se-á quando passarmos revista às teorias que lhe anelam delimitar os contornos. As testilhas, contudo, não têm, ao avesso do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, repercussão pragmática de muita monta: a sentença transitada em julgado, de que não cabe mais recurso, faz causa julgada, tornando-se indiscutível e, em conseguinte, imutável, assim dentro no mesmo processo (causa julgada formal) como fora dele (causa julgada material), em seguro inclusivamente de qualquer prejuízo, assim *in concreto*, como *in abstracto* derivante de lei (CF/88, art. 5º, XXXVI), orientada contra a retroação de qualquer lei (LICC, art. 6º).

Não perde, porém, com isso o tema seu interesse, cujo estudo serve para o perfeito equacionamento científico desse instituto tão necessário à manutenção da ordem social, dado seja ao sentir de CHIOVENDA “um dos institutos jurídicos que mais se prestam a deformações e degenerações históricas e que mais sofreram, e sofrem, por efeito de confusões e equívocos. [...] Coisas diversíssimas se acantonaram sob uma única denominação e, o que é pior, sob uma só disciplina jurídica, e, isso, qualquer um pode co[n]geminar com que influência sobre as opiniões práticas.” (*In: Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. III, p.160.)

De entre as questões discutidas por maior, ou sequer discutidas, pela doutrina respeitante à matéria estão justamente as que se nos figuram possuir o maior interesse prático, como *ad exemplum*, o quase-paradoxo jurídico criado pelo reconhecimento indireto da validade de sentença prolatada com desrespeito à causa julgada, operado pela dição do caput do art. 485 do CPC, a possibilidade de ação mirando à *recomposição patrimonial* do injustamente perdente da demanda que haja feito coisa julgada, cuja comprovação (da injustiça da decisão) se haja dado em época posterior ao prazo decadencial de 2 anos da ação rescisória *et similia*.

2. CONCEITO

GIUSEPPE CHIOVENDA conceitua da

subsequente forma a *res iudicata*:

Podemos [...] asseverar que a coisa não é senão o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz. (Ib., v. I, p. 369.) (Grifo do autor.)

Outro não é, de conseguinte, o conceito do claro processualista italiano que o romano, substituída apenas a alternativa do texto romano - sentença de *condenação* ou *absolvição* - pela alternativa mais abrangente (completiva das sentenças declaratórias) de sentença de *recebimento* ou de *rejeição*:

Res iudicata dicitur quae finem cootroversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. (Fr. 1 Dig. de re iud. 42,1.)

O que, vertido para vulgar, vem a significar: “Chama-se coisa julgada a que põe fim às controvérsias, por pronunciamento do juiz, quer aconteça por condenação, quer por absolvição.” Seria, igualmente para os romanos que para o mestre peninsular, a causa julgada o bem (*res*) da vida deduzido em juizo pelo autor (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade concreta da lei o garante em seu prol ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda (de condenação ou absolvição, para os romanos), que por tal arte converte-se em coisa julgada. Seria a coisa julgada, em resumo, a *res in iudicium deducta empós iudicata*.

Tal definição apropinqua-se (com ela, porém, não se confundindo) da supeditada pelo art 6º, § 3º da LICC: “Chama-se coisa julgada ou *caso* julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Conforme a tal dispositivo, portanto, a coisa julgada é a questão, a querela, a controvérsia, a lide depois de definitivamente julgada, ao passo que para os romanos e CHIOVENDA seria ela o *bem da vida* concedido ou denegado à parte pela sentença.

Conceituemos neste passo a coisa julgada formal. Sobre ela também não há consenso. MOACYR AMARAL SANTOS, para exemplo, assere a páginas 43 de suas *Primeras Linhas*¹ que ela “*consiste no fenômeno da imutabilidade* da sentença pela preclusão dos prazos para recurso”, para na página seguinte asseverar que “*da coisa julgada formal resulta* a imutabilidade da sentença, no mesmo processo em que foi proferida”. Ou seja, enquanto afirme que a coisa julgada formal *consiste* na imutabilidade, isto é, que a imutabilidade da sentença no mesmo processo em que proferida seja a coisa julgada formal (coisa julgada formal = imutabilidade da sentença no mesmo processo), não hesita em afirmar que “a coisa julgada formal *redunda* na imutabilidade da sentença, como ato processual, dentro do mesmo processo”, a saber, que a coisa julgada formal *conduz à imutabilidade dentro no mesmo processo, cria-a, produ-la, desemboca nela.*

A definição de coisa julgada formal de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR vem, de sua parte, a baralhar ainda mais a questão:

A coisa formal *decorre simplesmente da imutabilidade* da sentença dentro do processo em que foi proferida pela possibilidade de interposição de recursos [...] (in: *Curso de Direito Processual Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, pp. 524.) (Grifos nossos.)

Por outra: pare este insigne processualista a imutabilidade da sentença dentro do mesmo processo é que causa, que produz, que gera a coisa julgada formal, e não o contrário. A imutabilidade é *causal e não consequencia* da coisa julgada formal.

Enquanto à coisa julgada material (*ou substancial*), dela há definição legal, com defeituosa redação embora:

Denomina-se coisa julgada material a

eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. (CPC, art. 467.)

Como não faz sentido assujeitar a recurso ordinário ou extraordinário a *eficácia (que não é ato processual)* que torna indiscutível e imutável a sentença, visto como esta última é que se pode sujeitar a recurso, deve-se entender que, malgrado erroneamente entrevirgulada a oração “que torna imutável e indiscutível a sentença”, porquanto não é oração subordinada adjetiva explicativa, porém sim restritiva, que não conforma com o antepor-se-lhe e pospor-se-lhe vírgulas, quis a lei reportar-se *in fine* à sentença e não à eficácia, como se poderia eduzir de uma interpretação puramente gramatical (sintática).

3. COUSA JULGADA FORMAL E MATERIAL

De fora parte tais percalços, ponto pacífico é que a coisa julgada formal está relacionada com a imutabilidade da sentença de mérito dentro no mesmo processo, donde o atribuir-se-lhe eqüiparência à maxima preclusão. “Preclusas todas as questões propostas ou proponíveis”, razoa CHIOVENDA,

temos a coisa julgada, isto é, a afirmação indiscutível, e obrigatória para os juízes de todos os futuros processos, duma vontade concreta de lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

A coisa julgada contém, pois, em si a preclusão de qualquer questão futura: o instituto da preclusão é a base prática da eficácia do julgado; vale dizer que a coisa julgada *substancial* (obrigatoriedade nos futuros processos) tem por pressuposto a coisa julgada *formal* (preclusão das impugnações). A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim formular-se: a *coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz;*

¹ Primeras Linhas de Direito Processual Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, pp. 43-4

preclusão de questões é o expediente de que se serve o direito para garantir o vencedor no gozo do resultado do processo (ou seja, o gozo do bem reconhecido ao autor vitorioso, a liberação da pretensão adversária ao réu vencedor).

Ao dizê-lo, afirmamos conjuntamente a profunda, insuperável diferença existente entre coisa julgada e preclusão de questões. (*O.c.*, v. I, p. 374.) (Grifos do autor.)

E mais ao diante complementa:

A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.

Pelo contrário, a solução adotada pelo juiz para as questões lógicas suscitadas no processo, *concernentes a pontos processuais ou substanciais*, de fato on de direito, exatamente por ser preparatória da decisão de recebimento ou de rejeição, não tem a eficácia peculiar a esta última; tem, somente, eficácia mais restrita, imposta por *exigências de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo* e pela necessidade de fixar o resultado do processo que consiste na preclusão da faculdade de renovar a mesma questão no mesmo processo. (*Ibid*, Pp. 374-5.)

A coisa julgada material, de seu turno, relaciona-se com a imutabilidade da sentença fora do processo em que prolatada, vinculando assim todos os juízes, como o legislador mesmo; sua intangibilidade val igualmente para os três “poderes” do Estado: Judiciário, Executivo e Legislativo. Este último só não se encontra, ao menos teoricamente (pois há corrente minoritária que entende poder ser oponível direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada material contra a Constituição), a ela vinculado quando obrar na qualidade de Assembléia Constituinte, porquanto, mesmamente pelo

menos em tese, o Poder Constituinte originário, de que é investida, tudo pode. E mesmo o Poder Constituinte derivado, ou seja, o poder de emendar a *Lex Superior*, nada pode contra a *res iudicata* material, porquanto é terminativamente vedada a aceitação de qualquer proposta de emenda *tendente* a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da *Lex Legum*), dentre os quais figura a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da *Lex Major*). E a “coisa julgada” a que alude o texto supremo é a material.

De qualidade que nenhum ato estatal pode ir de encontro à *res iudicata* material, seja ele proveniente do Judiciário, do Executivo ou do próprio Legislativo. E neste ponto fundamental assenta, a nosso aviso, a estabilidade e o equilíbrio do Estado.

4. BREVE ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE O FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DA *RES IUDICATA*

No que faz ao fundamento *político* (ou de ordem prática) da *res iudicata* são contestes os autores: é a necessidade irremovível de pôr cobro à insegurança provocada pela perpetuação dos litígios sobre uma mesma questão já decidida em caráter definitivo pelo Estado-Juiz.

No que diz a seu fundamento *jurídico*, podemos arrolar ao menos oito importantes teorias que tentam explicar donde mana a autoridade que cerca a coisa julgada. Analisemo-las,inda que de vôo arrancado.

a) *Doutrina da presunção da verdade*. O fundamento jurídico da coisa julgada se baseia na presunção de verdade contida na *sententia*: “*Res iudicata pro veritate habetur*” (Ulpiano). O erro desta teoria reside em transfigurar uma hipótese simplicemente provável em presunção absoluta, em certeza. Essa a crítica de Ugo Rocco.

b) *Doutrina da ficção da verdade*. A força legal da sentença passada em julgado não é senão uma ficção de verdade, que põe as

sentenças em salvo de qualquer tentame de impugnação ou reforma ulteriores. Revocou-a em dúvida BÜLOW alegando que ficção e verdade são conceitos que se repelem, entre os quais não há compatibilidade possível. UGO ROCCO, a seu turno, observa que ela parte da premissa de que a sentença pode ser errônea e tenta justificar essa possibilidade mercê de uma ficção.

χ) *Teoria da força legal substancial da sentença*. Para esta teoria a força gerante da certeza jurídica conatural à sentença não dimana dos efeitos da decisão, porém sim da própria *natura constitutiva da sentença*, uma vez que esta, em vista de seu fim (sc., criar, a poder da declaração por ela feita, a certeza jurídica a respeito da existência de um direito subjetivo), deve sempre produzir algo. UGO ROCCO contraditou-a alegando haver ela sido elaborada com o fim precípua de justificar a hipótese de a sentença poder ser injusta e, isso não embargante, constituir direitos, já que a toda sentença incere o elemento constitutivo de relações jurídicas; ocorre, todavia, que a sentença injusta, como aguasadamente lembra CARREIRA ALVIM, "não pode ser considerada pela ordem jurídica, além de certos limites". (*Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 396.) (Grifo nosso.)

δ) *Teoria da eficácia da declaração*. Conformemente a esta teoria, o que em toda e qualquer sentença remanesce é a *declaração* e esta é que produz a certeza do direito. De sorte que

na sentença condenatória se divisam dois elementos: uma declaração de certeza de que o direito existia e um direito novo, a ordem de prestação. Aquele elemento - a declaração - é imutável, indiscutível; este - o direito novo, a ordem de prestação - poderá ser novamente discutido em nova ação, ou seja, na ação executória da sentença.

Na parte declaratória da sentença reside a autoridade da coisa julgada.

[...] A declaração produz, assim, fenômeno processual de duplo aspecto: por um lado, atribui às

partes o direito de exigir de uma e de outra a sua observância e, por outro lado, atribui a todos os juizes a obrigação de respeitarem-na.

(SANTOS, Moacyr Amaral. *Opere citato*, p. 48.)

De conformidade, porém, com a teoria das cargas de eficácia de PONTES DE MIRANDA, não só o elemento declaratório se faz presente em qualquer sentença, senão também o constitutivo, o condenatório, o mandamental e o executivo, em menor grau embora, mas, em todo caso, presentes.

ε) *Teoria da vontade estatal*. Ao sentir de CHIOVENDA a autoridade da coisa julgada deflui da substituição da lei, geral e abstrata, pela sentença, particular e concreta. O juiz, porém,

enquanto razão, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto; e só a isto se pode estender a autoridade do julgado; com a sentença só se conseguem a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. (CHIOVENDA, G. *Opus citatum*, v. I, p. 372.) (Grifo do autor.)

φ) *Doutrina da extinção da obrigação jurisdicional do estado*. Do mesmo modo como nas obrigações em geral o pagamento extingue o vínculo, na obrigação jurisdicional desfaz-se a obrigação estatal com a entrega da correlativa prestação (sentença). "A sentença final de mérito", expõe CARREIRA ALVIM,

tornada inimpugnável, extingue a obrigação jurisdicional do Estado, porque é o ato com o qual este cumpre a sua obrigação de declarar o direito. E, extinguindo esta obrigação do Estado, a sentença passada em julgado, extingue, também, a

pretensão jurídica do cidadão de obter aquela prestação.

É nesta dupla função extintiva da sentença, que o instituto da coisa julgada encontra o seu fundamento e a sua legítima e natural justificação. (O.c., p. 399.)

γ) *Teoria carneluttiana*. Para CARNELUTTI, a coisa julgada haue sua autoridade da circunstância de consistir em expressão da vontade do Estado, como *lex specialis*; é ela imperativa porque oriunda do Estado, e é esta imperatividade do comando encerrado na sentença que configura a *res iudicata*. A sentença, ainda quando mutável por sujeitar-se a recurso, não perde sua imperatividade, *id est*, sua eficácia enquanto comando jurídico às partes imposto. E tal se dá porque a imutabilidade da sentença não existe por razão de uma exigência lógica, como se passa com a imperatividade, porém sim por virtude de conveniências práticas. A "sentença" não-imperativa não é sentença, e sim opinião. Promanasse a imperatividade da imutabilidade, não existiria sentença em um regime jurídico em que não houvesse essa imutabilidade. Ao demais, a coisa julgada formal - preclusão dos recursos - antecede a material - imperatividade da sentença.

η) *Teoria de LIEBMAN*. Divisa o preclaro processualista *efeitos da sentença* de coisa julgada, que não seria outra cousa senão uma *qualidade roborante desses efeitos*. Os efeitos da sentença têm vida autônoma, independente da cousa julgada. Esta é um *quid*, um *plus* que se ajunta aos efeitos da sentença a fim de roborar-lhe a estabilidade, influindo mesmamente em todos eles. E prova de que não se confundem efeitos da sentença e sua contestabilidade é a execução provisória, em que a lei distingue para logo efeitos ao decisório, sem que este se revista ainda de imutabilidade. Em assim sendo, a sentença torna-se eficaz dès sua prolação, embora só após da preclusão de todas as impugnações deduzíveis ela venha a consolidar-se e conquistar supremo quociente de energia. A sentença torna-se inatacável com a preclusão de todos os prazos recursais (cousa julgada formal) e, por conseguinte, dá-se a coisa julgada material ou *autoridade de cousa julgada*, definível como a "imutabilidade do comando emergente de uma sentença".

5. LIMITES OBJETIVOS

Sob a rubrica de *limites objetivos* da *res iudicata* quer-se aludir ao que efetivamente produz coisa julgada: o relatório, as razões de decidir (fundamentação, motivação) ou a parte dispositiva (decisão, conclusão) da sentença. Natural é que haja a este propósito variado o sentir dos autores. Em havendo, todavia, disposição legal a este respeito no CPC, perdeu a matéria parte do fascínio de vedro exercido sobre o ânimo dos DD., causal de intensas porfias. Preconiza, em efeito, o art. 469 do CPC:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:
I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Deduz-se, deste modo, ao fácil que só a *parte dispositiva* da sentença faz cousa julgada. Não se pode, como oportunamente lembram LIEBMAN e PONTES DE MIRANDA emprestar a tal locução sentido eminentemente formal, porquanto em que estejam contidos provimentos de pedidos nas razões de decidir, não perdem eles com isso sua natureza decisória:

É exato dizer - regista o mestre peninsular - que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido *substancial* e não formalista, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. (Ap. SANTOS, M. A. Op. cit., p. 66.)

Da alusão à precitada conceituação deflui por igual que as provas ditas emprestadas não revestem necessariamente o valor a elas

atribuído pelo juiz por quem foram valoradas primeiramente, nem a *fortiori* fazem causa julgada.

Quid inde se o juiz não discretear de todos os pontos do pedido pelo autor deduzido ou se discretear sobre pedidos por ele não deduzidos? Lógico é que assim enquanto aquele outros como no que entende com estoutros não há produção de *res iudicata*, por isso que o juiz deve decidir a lide “nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, *não suscitadas*, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (CPC, art. 128), e o art. 468 estende a autoridade de coisa julgada advinda da sentença que julgar total ou parcialmente a controvérsia até aos limites da lide e das questões (prejudiciais) decididas.

Harmonizado tal dispositivo com o 470 do CPC, consoante ao qual a resolução de questão prejudicial faz causa julgada *se requerida pela parte*, se o juiz for competente *ratione materiae* e se constituir ela ante-suposto necessário ao desate da lide, aporta-se à conclusão de que a expressão legal “que julgar total ou *parcialmente a lide*” não é alusiva à possibilidade de julgamento parcial de um só pedido na hipótese de pedidos cumulados (art. 292 do CPC), mas sim à possibilidade de omitir-se (*nota bene*, omitir-se, não fazer referência expressa, e não indeferir algum(ns) dos pedidos, que é causa de todo ponto diverso) o juiz no referente a algum(ns) dos pedidos.

Em tal caso, a sentença, quanto decidindo parcialmente a lide por não versar algum(ns) dos pedidos, não é nula, pois não há *in casu* decisão *citra petita*, havendo produção de causa julgada apenas no relacionado ao que foi objeto de *decisum*. A expressão legal supracolacionada não é, pois, de modo algum, autorizadora de produção de coisa julgada de sentenças proferidas *citra petita*.

6. LIMITES SUBJETIVOS

Insta agora desvendar quais as pessoas a quem a coisa julgada pode atingir. É ponto fora de qualquer dúvida que dentre as várias teorias a este propósito engendradas sobreleva a de LIEBMAN

às outras como a mais bem elaborada. Procede ele à discriminação fundamental: a eficácia natural da sentença vale para todos (*eficácia erga ou adversus omnes*), mas a autoridade de coisa julgada forma-se e existe apenas para as partes. Consoante expõe AMARAL SANTOS,

poderão opor-se contra a sentença, todavia, tão-somente aqueles terceiros que tenham um interesse jurídico em *conflito* com a decisão proferida, desse conflito resultando um prejuízo jurídico para o terceiro. Diversamente, aqueles terceiros aos quais a sentença possa apenas causar *prejuízo prático, ou econômico*, porque entre o direito declarado na sentença e o seu direito *não haja incompatibilidade*, não poderão insurgir-se contra a mesma.

E continua a explicitar o entender do processualista italiano:

a) Aplicando a sua teoria, LIEBMAN distingue três categorias de terceiros.

Na primeira categoria (categoria A) reúne os *terceiros indiferentes*, como tais entendidos todos aqueles que nenhum prejuízo sofrem por motivo da sentença. Estes não têm nada a fazer senão reconhecer a eficácia natural da sentença.

Na segunda categoria (categoria B) encontram-se os *terceiros interessados praticamente*, como tais considerados todos aqueles aos quais a sentença traga somente *prejuízo prático, ou econômico*. Assim, terceiros, credores do vencido na ação de reivindicação, não poderão insurgir-se contra a sentença nesta proferida, porque a sentença não lhes trouxe senão prejuízo prático, ou econômico. Não há incompatibilidade entre o seu direito de crédito e o direito de propriedade declarado na sentença.

Na terceira categoria (categoria C) compreendem-se os *terceiros juridicamente interessados*, os quais são por LIEBMAN subdivididos em dois grupos.

Num dos grupos (categoria C-1) reúne os terceiros que têm interesse igual ao das partes. Assim, o interesse do terceiro, que se julgue proprietário de uma coisa reivindicada entre A e B, é da mesma natureza e igual ao interesse destes. Os terceiros desse grupo podem opor-se à sentença, que de modo algum afeta o seu direito.

Noutro grupo (categoria C-2) acham-se os *terceiros cujo interesse jurídico é de categoria inferior ao das partes*. Diz-se que o seu interesse jurídico é de categoria inferior ao das partes porque são titulares de *relações jurídicas dependentes* da relação jurídica julgada no processo. Tais terceiros estão sujeitos à sentença, com a faculdade de insurgir-se contra ela, demonstrando a sua injustiça ou ilegalidade. Assim, a sentença condenatória da Fazenda Pública por ato ilícito de funcionário, que não é parte no processo, não faz coisa julgada em face deste. O funcionário, na ação de regresso que aquela lhe intentar, poderá insurgir-se contra a sentença, demonstrando a sua ilegalidade ou injustiça. (O.c., pp. 75-6.) (Grifos do autor.)

O único senão que deparamos na teoria de LIEBMAN é o consistente em postergar o fato de que quase todo prejuízo fático, econômico, tem repercussões jurídicas. A modo que, no exemplo pelo geral subministrado, a sentença que decide demanda entre A e B atribuindo a este a propriedade de dado bem prejudica um interesse jurídico de C, convém a saber, o de promover a penhora do bem que lhe servia de garantia creditória contra A. Em se tornando A insolvente, o interesse juridicamente gasalhado de C de haver o que lhe é devido

é prejudicado pela "eficácia natural da sentença" e, *per viam consequentiae*, pela imutabilidade que a reveste pondo-a em salvo de desfazimento, porquanto mingua-lhe a ele o direito e acioná-lo com tal escopo.

O que, com verdade, sucede é que o **interesse jurídico** de C conflitante com a decisão proferida é indireto ou reflexo, mas nem por isso deixa de ser jurídico para ser meramente *fático* ou "*económico*". O que há, pois, em casos quejados são interesses jurídicos diretos ou indiretos.

O que é fato, porém, é que todo o que não participar de um processo que lhe interesse diretamente pode contra ele insurgir-se, pois não há produção de coisa julgada relativamente a tal indivíduo. Por jeito que quando o art. 472 do CPC estatui que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros", tal prejuízo ou benefício deve ser jurídico e direto. O interesse jurídico reflexa, indireta, mediata, remotamente prejudicado nada pode contra a coisa julgada, não autorizando seu desfazimento. Porque terceiro possa arguir prejuízo derivante de coisa julgada, basta demonstrar que seu interesse em tal desfazimento é jurídico e direto, como ocorre, v.g., nas ações de usucapião em que um dos proprietários (interessado jurídica e diretamente na decisão da lide) não é citado.

7. SENTENÇAS QUE NÃO PRODUZEM COISA JULGADA

Excetas as sentenças de mérito (definitivas, art. 269 do CPC), nenhum outro ato decisório do juiz produz coisa julgada. De qualidade que não fazem coisa julgada:

α) as sentenças terminativas (CPC, art. 267), que, suposto ponham cobro ao processo, não julgam do mérito, apenas passando, dessarte, em julgado. (Ressalte-se a hipótese do inc. V do art. 267, em que a ação pode repetida uma vez emendada a mácula.) Dá-se em tal caso a cognominada *preclusão pro iudicato*;

β) as sentenças prolatadas em processos de jurisdição graciosa ou voluntária, como tais entendidas as respeitantes a fatos que, embora não sendo objeto de litígio, dizem com o patrimônio ou a pessoa que pede a intervenção do órgão judicativo;

γ) as sentenças determinativas, ou seja, as que decidem algumas relações de ordem pública, em que há *integração* da vontade da lei com a do juiz (que, via de regra, simplesmente aplica a vontade da lei), como ocorre nos casos de guarda de menores;

δ) as proferidas em ações de alimentícias, que podem revistas, já a pedido do alimentante, já do alimentado;

ε) as prolatadas em processos cautelares, revogáveis ou modificáveis a qualquer época;

φ) as proferidas em ações de separação de cônjuges;

γ) os despachos de mero expediente;

η) as decisões interlocutórias.

Entretanto, nada obstante, emprestar significação substancial à locução *sentença de mérito*, a simile de quanto asseverado respeito à expressão *parte dispositiva da sentença*:

O que importa para uma sentença ser qualificada como *de mérito* não é a linguagem usada pelo julgador, mas o conteúdo do ato decisório, ou seja, a matéria enfrentada pelo Juiz. É comum, na experiência do foro, o uso, por exemplo, da expressão carência de ação em situações nas quais o autor não produz prova alguma de seu pretenso direito. O que, na verdade se está examinando, *in casu*, não é uma condição de procedibilidade, mas o próprio *pedido*. Embora usando linguagem própria de decisão de

preliminar, o que faz o magistrado é rejeitar o pedido. Logo, haverá sentença de mérito e cabível será a ação rescisória malgrado o emprego da expressão “carência de ação”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 633.) (Grifos do autor.)

8. COISA JULGADA, AÇÃO RESCISÓRIA E DECISÕES INJUSTAS

Ao aviso de GABRIEL RESENDE FILHO, e outros, o Estado, mercê da coisa julgada, desconhece juridicamente a injustiça pela ventura consubstanciada em toda e qualquer sentença sua uma vez discorrido o trato de tempo decadencial (dous anos) da ação rescisória:

Não se discute que a sentença transitada em julgado possa conter erro, pois a verdade, que nela se traduz, é afinal uma verdade subjetiva e relativa, mas o Estado, após a terminação do processo, *não admite mais a hipótese - do ponto de vista jurídico - de que haja erro na sentença*. (REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. atual. por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 50.) (Grifo do autor.)

Permitimo-nos, *venia rogata*, dissidir do admirando processualista, porquanto o Estado, ainda pelo prisma jurídico, não condescende com a injustiça propiciada por uma decisão de um seu órgão, nem simplesmente após do trânsito em julgado do *decisum* como acima testificado, nem mesmo depois do transcurso de 2 anos deste mesmo trânsito em julgado.

E assim entendemos porque, a nosso ver, nada impede, de *tunc condito*, que o prejudicado, depauperado injustificadamente, intente uma ação para haver do injustificadamente locupletado um resarcimento de natureza patrimonial. E tal é possível porque não haveria de modo algum ofensa à coisa julgada em tal caso, já que apenas a parte dispositiva da sentença faz coisa julgada.

Figure-se a modo de exemplificação, o caso de um litígio entre PRIMUS e SECUNDOS: PRIMUS falsifica documento supositoricamente comprobativo de sua propriedade sobre o bem em liça, ao mesmo passo que SECUNDUS perde o documento que prova ser de direito seu tal bem. Decorridos mais de 2 anos após o trânsito em julgado da sentença que condenou SECUNDUS a sair da posse do bem em prol de PRIMUS atribuindo-lhe a propriedade do aludido bem, vem aquele a achar o seu título dominial perfeito, conseguindo, a mais disso, demonstrar a falsidade perpetrada por estoutro. Obvio é que SECUNDUS nada pode opor à decisão do juiz - por razão da "coisa soberanamente julgada", no dizer de FREDERICO MARQUES, que a induz -, mas a *res iudicata* tem apenas o efeito de tornar imutável e inimpugnável a condenação efetivamente levada a efeito, ou seja, envolve tão-somente a saída de SECUNDUS da posse do bem e a atribuição do direito de propriedade sobre ele a PRIMUS. Nada mais.

Em sendo assim, a ação que SECUNDUS ajuizar contra PRIMUS para dele conciliar indenização pela perda do direito dominial sobre o bem que de *jure* lhe pertencia não vai, de forma alguma, intercessar a coisa julgada protetiva e asseguratória do direito de propriedade de PRIMUS: o bem continuará a pertencer-lhe (direito real de PRIMUS sobre o bem), mas terá ele de indenizar SECUNDUS pela amissão injustificada por este suportada em razão de sua conduta delitiva (direito pessoal de SECUNDUS de lograr recomposição patrimonial em virtude de tal proceder delituoso). São direitos que se não entrecocam, que se não excluem, que se não repelem.

O mesmo estreme raciocinar conduz à possibilidade de julgamento de PRIMUS na órbita criminal pela contrafação levada a cabo.

Outro tópico sobreguisa interessante é o atinente à atribuição indireta de validade efectuada pelo CPC à sentença ofensiva de coisa julgada anterior. Ora, como bem no adverte THEODORO JÚNIOR,

o termo "nulidade", usualmente empregado

pelos processualistas para caracterizar a sentença rescindível, tem, na verdade, um significado diferente daquele que se atribui aos vícios dos demais atos jurídicos. O que é nulo, como se sabe, nenhum efeito produz e não reclama desconstituição judicial.

Não obstante, salvo o caso de sentença inexistente - como aquela a que falta o dispositivo -, a sentença rescindível, mesmo nula como a classificavam vários doutores, produz os efeitos da *res iudicata* e apresenta-se exequível enquanto não revogada pelo remédio próprio da ação rescisória. Em outras palavras, enquanto não rescindido, o julgado prevalece.

Devê-se, pois, reconhecer o acerto da advertência que faz BARBOSA MOREIRA no sentido da impropriedade da qualificação de sentença nula dada à decisão rescindível. Se a invalidade só opera depois de judicialmente decretada, sua mais exata classificação deve ser entre os atos anuláveis e não entre os nulos.

E na mesma linha de raciocínio:

Nessa ordem de idéias, o Código BUZAID agiu com melhor técnica, substituindo a afirmativa do Estatuto anterior de que "é nula" a sentença rescindível (art. 798) pela de que "a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida" nas hipóteses que menciona (art. 485). Aboliu-se assim a imprópria qualificação de sentença "nula" atribuída à decisão suscetível de revogação em ação rescisória.

Sobre a impropriedade da qualificação de nulidade para a sentença rescindível convergem as

lições mais recentes dos processualistas brasileiros, como as de JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, SÉRGIO FAHIONE FADEL FREDERICO MARQUES. (*Opere citato*, pp. 631-2.) (Grifos nossos.)

Ora, em sendo válida a sentença prolatada com desrespeito à *res iudicata* enquanto não declarada procedente a ação rescisória, *quid juris* se esta não for intentada, ou se o for serodiamente?

Diante a impossibilidade lógico-jurídica da coexistência de duas coisas julgadas, qual das duas deve prevalecer: a primeira, exatamente por sê-lo, ou a segunda por ser “presumivelmente” a melhor?

Entendeu o TACiv.SP, no julgamento do mandado de segurança nº 121.596, que a segunda deve vingar. No comento de THEODORO JÚNIOR deparamos:

Sendo, outrossim, rescindível e não nula a nova sentença que infringiu a coisa julgada, e como não podem coexistir duas coisas julgadas a respeito da mesma lide, força é concluir que, enquanto não rescindida, deverá prevalecer a eficácia do segundo julgamento. (O.c., p. 524.)

Dissona, contudo, tal ilação da que tiramos da espécie. Entendemos que, embora seja bastante para os fins do Processo Civil, a obtenção da verdade meramente formal, não deve nem pode ele contentar-se com ela se se faz possível a obtenção da verdade material ou real. Com efeito, por que utilizar de presunções e artificialismos se se pode alcançar a verdade em sua lídima acepção? Por que deve o ordenamento jurídico lidimar uma situação de seu natural passível de reforma que se sabe de ciência certa ser não-consenciente com a verdade? Seria essa a finalidade do processo civil? É para isso que o contribuinte paga tributos? É para entregar prestações jurisdicionais que nada têm de condicentes com a realidade quando podem sê-lo

que o cidadão sustenta o Estado? Essa é a noção de distribuir justiça constitucionalmente alegada?

Em sendo, portanto, ambas válidas, deve o órgão judicativo encarregado de rescindir uma delas escindir a que menos conforme à verdade se lhe antolhar, não importando haja sido a primeira ou a última proferida. Ademais disso, por que um ato feito contra a lei, embora válido, deve superpor-se a outro feito com sua observância? Onde e quando se estatuiu o “princípio” da revogação de sentenças transitadas em julgado, revestidas de coisa soberanamente julgada, por outras ulteriores quando incompatíveis? Demais, a premissa presuntiva de que a segunda sentença deve sobreviver por ser presumivelmente melhor que a precedente é falsa, porque o juiz que a prolatou pode (e cremos que isso seja o que normalmente acontece, *quod plerumque fit*) não conhecer sequer a existência do primeiro processo e, em conseguinte, das provas nele produzidas. Não se reza, portanto, de reavaliação, de revisão, de reconsideração do *decisum* anterior, como sucede com as sentenças avaliadas por um segundo grau de jurisdição, porém sim de mera decisão posterior, com os elementos de convicção nela encontráveis, que podem perfeitamente conduzir a uma decisão errônea.

Imagine-se, a este propósito, o caso de uma sentença em que *B* foi condenado, sagrando-se *A* na vencedor. *B*, três anos depois, ajuiza a mesma ação contra *A*, com a mesma *causa petendi*, diante outro juiz, presentando documento por ele falsificado para provar seu “direito” contra *A*. À vista de cuidar-se de direito disponível, produzem-se os efeitos da revelia contra *A*, que viajara para lugar não-sabido. Nem o juiz nem o sédulo defensor dativo atentaram na existência de coisa soberanamente julgada anterior. *A* regressa dois anos e meio depois e depara a iniqüidade cometida. Logra transparentar a falsidade do documento-chave. Inquirimos: bem é que seja mantido o segundo decisório comprovadamente injusto em homenagem a um mero artificialismo? Patente é, a qualquer luz que se examine, que não. O mesmo se diga enquanto à hipótese de o primeiro julgamento haver sido o em que se operou a contrafeição.

A termo que, bem aplicado tal entendimento, pode ele conduzir à reparação *in re* (e não singelamente patrimonial, como retromencionado) de julgados injustos mesmo após o esgotar do prazo bineal da ação rescisória.

9. RES JUDICATA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A denominada coisa julgada *administrativa*, à verdade, não passa de preclusão de efeitos internos, não possuindo o alcance típico da coisa julgada *judicial*, uma vez que lhe falece a força conclusiva (*the final enforcing power*) dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário². Assente-o HELY LOPEZ MEIRELLES:

Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a *irretratabilidade* do ato perante a própria administração. É a sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge, nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. Essa imodificabilidade não é efeito da *coisa julgada administrativa* mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa,

² Não deve causar espécie alguma a locução *ato jurisdicional* do Poder Judiciário, já que ato jurisdicional não é exclusivamente o proveniente do judiciário, porquanto há profunda dissimilaridade entre ato judicial e ato jurisdicional. No escólio de HELY LOPEZ MEIRELLES, vislumbramos nitentemente que "jurisdição é atividade de dizer o direito, de decidir na sua esfera de competência. E tanto decide o Judiciário como o Executivo e até o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Portanto, todos os poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de decidir com força de coisa julgada, definitiva e irreformável por via recursal, ou por lei subsequente (Const. Rep., art. 5º, XXXVI). Há, portanto, coisa julgada administrativa e coisa julgada judicial, inconfundíveis entre si porque resultam de jurisdições diferentes. (Direito Administrativo Brasileiro, 16. ed. atual. São Paulo: RT, 1990, p. 576.)

torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16. ed. atual. São Paulo: RT, 1990, p. 576.) (Grifos do autor.)

10. COISA JULGADA E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Testas polêmicas jurisprudenciais e doutrinárias hão sido travadas no relacionado à constitucionalidade ou anticonstitucionalidade da emenda à Constituição que inscreve tal ação em seu corpo permanente, um de cujos pontos que maiores disceptações hão gerado é o concernente à coisa julgada na dita ação. EDVALDO BRITO, v.g., assim entende a questão *sub examine*:

[...] A eficácia da sentença, mesmo quando se lhe empreste uma abrangência geral e absoluta, não tem autoridade de coisa julgada para além das partes que integram a lide.

Ora, se não há partes, não há, propriamente, lide na atuação do Supremo de que resulte a iniciativa das autoridades relacionadas no § 4º introduzido pela Emenda nº 3/93 ao texto da Constituição jurídica no seu art. 103... E, se não há, então a decisão que o Supremo proferir não pode ter autoridade de coisa julgada e, por conseguinte, não pode inibir, também, por isso, o juiz de apreciar, no caso concreto, a postulação da parte, mesmo diante de já ter sido desfavorável ao particular. Este será sempre terceiro, em tais circunstâncias. Se, ao contrário, for desfavorável à pretensão do requerente, este, por ter tido a iniciativa, vincula-se. (In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. (Coordenadores: Ives Gandra e Gibran F. Mendes.) São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 49-50.)

Salienta, contudo, GILMAR FERREIRA MENDES,

abordado a TRIEPEL, que os processos de controlo de normas deveriam ser concebidos como *processos objetivos*, de peculiar natureza (diversa da dos processos ordinários), nos quais não é necessária a demonstração de interesse jurídico específico. De jeito que

a ação declaratória de constitucionalidade configura típico *processo objetivo*, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo sem partes, no qual existe requerente, mas inexiste requerido. Tal como na ação direta de inconstitucionalidade, os requerentes são titulares da ação de constitucionalidade apenas para o efeito de provocar, ou não, o Supremo Tribunal.

Assim a não identificação de "réus" ou partes contrárias na ação declaratória de constitucionalidade apenas demonstra que se cuida aqui de típico *processo objetivo*, tal como a antiga representação de inconstitucionalidade. (Op. cit. ut supra, pp. 53-4.)

11. CONCLUSÕES

1. Nem toda coisa julgada formal é causal de causa julgada material, mas toda causa julgada material (imutabilidade e indiscutibilidade da sentença de mérito fora do processo em que prolatada) ante-supõe a causa julgada formal (imutabilidade e indiscutibilidade dentro no mesmo processo da sentença que decidiu o *meritum causae*). Obsta, por conseguinte, a coisa julgada formal a qualquer possibilidade de recurso ou modificação da sentença de mérito transitada em julgado, entremes que a causa julgada material impede a possibilidade de ajuizamento de outra *actio* com o fito de discutir

matéria objeto de decisão judicial passada em julgado, vinculando todos os "poderes" estatais.

2. Tal vinculação operada pela causa julgada material impõe-lhe o respeito, desta feição, pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. A vedação oposta em nível constitucional a estúltimo compreende, em nosso entender, não apenas a proibição de fatura de lei contraveniente *in concreto* à causa julgada, senão também a de feitura de lei que interesse *in abstracto* o **instituto jurídico** da causa julgada. De feição que devem ser havidas por anticonstitucionais quaisquer leis (e qualquer emenda à Lex Major) que venham a modificar detrimetosamente a disciplinação jurídico-positiva da *res iudicata*. Uma lei, para exemplo, que extinga o instituto jurídico da causa julgada, ou que faça projetar seus efeitos sobre os indivíduos alheios à lide e não apenas às partes entre as quais é dada, impedindo desta arte que um terceiro jurídica e diretamente interessado no desate da lide de que não participou possa arguir seu direito, deve ser havida como inconstitucional, **embora se não aplique a fatos preteritos** (não vulnerando assim decisões judiciais já solidificadas), porquanto não se podem aceitar, *ope constitutionis*, nem mesmo propostas de emenda *tendentis* a abolir direitos e garantias individuais (CF/88, art. 6º, § 4º, IV), dentre os quais figura, como um desses direitos capitais, um dos mais poderosos propugnáculos do indivíduo contra ofensas a direitos outros seus já constituídos: a *res iudicata* (art. 5º, XXXVI). Qualquer prejuízo dimanante de lei (ou emenda à Constituição) ao instituto jurídico da causa julgada traz dentro em si coima de inconstitucionalidade. Tem, portanto, a nosso viso, o enunciado do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88 amplitude maior que a do § 3º do art. 6º da LICC, impediente de ofensa em caráter concreto, específico, a decisões já definitivamente consolidadas.

3. Deve-se inteleccionar a expressão "parte dispositiva da sentença" substancialmente, e não meramente pelo prisma formalístico, porque não se entenda produzir causa julgada só e unicamente o localizado espacialmente na conclusão, senão também qualquer provimento do juiz na sentença, ainda que contido na fundamentação (razões de decidir). Onde houver provimento de

pedido do autor na sentença faz ele causa julgada.

4. A sentença que decide parcialmente a lide, por não contemplar pedido formulado pelo autor, omitindo-o, não lhe fazendo menção expressa, sem que pelo exame da compatibilidade do efetivamente decidido se possa inferir sua denegação ou seu deferimento tácito, não é nula, visto como na hipótese versada não há decisão *citra petita*, que se dá quando a sentença provê parcialmente algum(ns) dos pedidos sem razão que o justifique. Em casos que tais, até mesmo pelo princípio da economia e do aproveitamento dos atos processuais, deve-se aproveitar a parte válida da sentença, que faz causa julgada, e, mercê do recurso cabível, fazer que se contemple(m) o(s) pedido(s) olvidado(s). Tal não sucede, porém, se o juiz não julgar a reconvenção, por quanto esta é ação independente, que deve, contudo, *ope legis*, ser julgada na mesma sentença que decide a ação originária.

5. Para esquivar-se à produção dos efeitos da *res iudicata* relativamente a si, deve o terceiro patentear interesse jurídico direto na decisão da lide. O só reflexamente por ela atingido em um interesse jurídico seu nada pode alegar contra a coisa julgada.

6. A sentença que julga improcedente dado pedido do autor por ausência de produção de prova do alegado direito é de mérito, não se confundindo com a sentença que dá por ausentes as condições de procedibilidade da ação, e, em sendo de mérito, produz causa julgada.

7. Uma vez que se faça possível desconstituir uma sentença, cujo prazo da correlativa ação rescisória se haja esgotado, anterior ou posterior a uma outra que também haja feito coisa soberanamente julgada, mas que não esteja tão propinqua da verdade real quanto a outra, deve-se fazê-la sem dubitações. Tal oportunidade ocorre, v.g., quando há sentença transitada em julgado há mais de dois anos que malfira *res iudicata* anterior. Caso convizinhe mais da verdade material que a anterior, deve ela prevalecer. Se, ao revés, a anterior aproximar-se mais da que ela da "verdade verdadeira", aquela outra é que deve usucapir. Et-al se dá basicamente porque, embora seja bastante

ao Processo Civil a obtenção da verdade formal, não pode nem deve ele satisfazer-se com ela se possível for a obtenção da verdade material.

8. Como uma tal oportunidade só de maravilha assurge, abre-se outra possibilidade ao que consiga provar, indubitavelmente, a injustiça da decisão que lhe foi desfavorável, mas que já haja feito coisa soberanamente julgada: pode o lesado ajuizar ação de natureza puramente patrimonial para haver do que (suposto que sem direito) venceu a demanda o resarcimento correspondente ao perdimento do direito que judicialmente se lhe negou. Isto porque não há ferimento à coisa julgada no caso *in tela*: o vencedor continuará a fruir normalmente do bem jurídico que judicialmente lhe foi garantido, e que foi objeto do dispositivo da sentença, mas nada impede seja peticionado pelo lucro indevido que experimentou em detrimento do empobrecimento correlativamente indevido suportado pelo injustiçado perdente da demanda, pois, como a talho observa PONTES DE MIRANDA, "a coisa julgada é adstrita ao pedido e ao reconhecido pela sentença". (In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. V, p.158.)

12. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM**, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 384-420.
- ALVIM**, Thereza. *Questões Prévias e os Limites Objetivos da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 1977, *passim*.
- ARAGÃO**, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1958.
- BOJUNGA**, Luiz Edmundo Appel. *Apontamentos Sobre os Efeitos da Sentença e a Coisa Julgada*. In: *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*. Porto Alegre: Liv. Edit. Acadêmica, 1987, v. 11, pp. 91-102.
- CAMPOS**, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*. São Paulo: Artes Gráficas, s.d., *passim*.
- CHIOVENDA**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. I, pp. 68-9; 120-43; 369-84.
-----. V. II, pp. 16-21.
-----. V. III, pp. 155-63; 213-21.
- DOWER**, Nélson Godoy Bassil. *Curso Moderno de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, pp. 276-87.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini et alli. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 260-5.
- LIEBMAN**, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. I, pp. 11; 77; 176; 200.
-----. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. Trad. Alfredo Buzaid, Benvindo Aires e Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, *passim*.
- MARQUES**, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 1986, pp. 235-50.
- MEIRELLES**, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. atual. São Paulo: RT 1990, pp. 575-6.
- MIRANDA**, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. V, pp. 102-204.
- NEVES** Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: RT, 1971, *passim*.
- NOGUEIRA**, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 189-95.

- PAULA** Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. XII, pp. 205-29.
- REZENDE FILHO**, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. atual. por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1963, pp. 47-74.
- SANTOS**, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1987, pp. 185-223.
- SANTOS**, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, pp. 39-76.
- SILVA**, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, v. I, pp. 411-46.
-----. *Sentença e Coisa Julgada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 95-130; 199-221.
- TEIXEIRA**, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 266-72.
- THEODORO JÚNIOR**, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, pp. 523-42.

PONTES DE MIRANDA: UNA PERSONALITÀ POLYVALENTE

SILVIO DE MACEDO*

Nella storia della cultura brasiliana, nessuno supera Pontes de Miranda, in estensione e in profondità della costruzione intellettuale.

Altrimenti, nessun'opera contemporanea di diritto non ha niente in comune. L'autore del più grande trattato di diritto privato, e a suo tempo il gran commentatore di diritto costituzionale.

Nella teoria generale del diritto è al livello di Kelsen. Il suo "Sistema de Ciência Positiva do Direito" (1992) è il primo aggiornamento scientifico-giuridico sul continente americano della cultura occidentale.

Il abbraccia sul diverse specialità del sapere: diritto, sociologia, politica, estetica, filosofia.

Quello che caratterizza il diritto come "fenomeno non tipico del uomo perché esistente nel mondo organico" (*Introdução à Política Científica*, 190): una osservazione originale, polemica. Lui vede la simetria degli leggi universali, alle quali sottomette il diritto.

Un ammirabile concetto è capace di identificare il pensiero di PM è il seguente: - "Il diritto non è figlio del cielo, è, semplicemente, un fenomeno storico, un prodotto culturale dell'umanità... Il diritto è la FORZA che ha ucciso la stessa forza".

* Da "Società dei Juristi Latinamericani" (Roma) e "Academia Brasileira de Letras Jurídicas" (Rio) e Prof. Cat. de Direito e de Filosofia na UFAL (Maceió)

D'altra parte, l'opinione sostenuta dal Radbruch, secondo la quale la caratteristica del diritto è l'esteriorità in opposizione all'interiorità della morale è stata esaminata dall'autore brasiliano, che mette in rilievo i processi di adattamento cosciente come una combinazione dei processi incoscienti, perché vede nel diritto l'espressione dell'equilibrio sociale, anteriormente un fenomeno inconsciente.

Il diritto porta l'elemento direttivo al rapporto sociale, dove è sempre presente la polarizzazione. In questo particolare, squisita l'interpretazione di Djacir Menezes: così come il sorgimento dell'elemento direzionale, le grandezze geometriche si vettorializzano, qui, coll'intromissione dello stesso elemento, i rapporti sociali divendono giuridici perché sono analogicamente vettori nel campo sociale che passano ad acquistare nuova proprietà, a caratterizzare il "campo giuridico".

Ecco una spiegazione che ci sembra geniale, di qualcuno che ha adorata l'intuizione metagiuridica, necessaria a capire il Diritto lo stesso.

Un'analisi del concetto astratto, che, alla fine, sistema la sua natura induttiva: "il vecchio concetto di diritto fa di esso un insieme di principi "a priori", da cui si sono dedotte delle conseguenze. Però, assiomatico, dalla tessitura di astrazioni, con armature di stile violento ed imperativo-questo organismo non ha presentato, nel mondo dei fatti, in condotta colla realtà e colle variazioni della vita, la plasticità che sembrava lavorare nel dominio logico, dentro le modalità docili del sistema scolastico.

Se ne è accordo che la purezza artificiale, confondeva, invece di sistemare: erano finissime lame di pensiero, a dissociare i blocchi dalla realtà e dalla vita, che demandano qualche che si è riuscito a sublimare", mentre che la morale, l'economia e il diritto "imhiegano materiali immediatamente raccolti nella vita umana".

"L'economia realizza, in maniera violenta, l'adattamento,

perchè i bisogni dell'esistenza umana agiscono colla crudeltà pragmatistica della lotta hu la vita e l'attenuazione che risulta dal mutuo ausilio. La moral raggiunge i risultati addattativi seconde il tema dell'interesse sociale. La religione, colla carità, la rasseguazione il sacrificio, diventa picipaci le compressioni, cioè, ottiene con relativa spontaneità quello che soltanto la durezza del processo economico o le reazioni etiche attenerc".

L'autore raggiunge un altitudo messianica, e si sente il sapiente preso da uno sonoso "élan", parlando un linguaggio agostiniano.

Distinguendo il diritto come processo di adattamento, dalla scienza del Diritto caratterizza quest'altra come una "struttura logica di enunciazioni, di proposizioni e funzioni proporzionali sul diritto".

In quel che tocca alla morale in rapporto al diritto, vede in essa l'aspetto sociali, che è ricevuta dal gruppo sociale", quindi col suo carattere collettivo come si osserva nel diritto", essendo la differenza soltanto con rapporto alle sanzioni esterne".

Dice allora che "sono innumerevoli gli atti immorali che i sistemi non provvedono, oppone, non vedono. Innumerevoli le infrazioni che la coscienza individuale non scaccia". sottomettono ad una "crivella molto fine ed stretta" della verificabilità scientifica.

Si può accorgere che "molti fatti entrano in categorie giuridiche, che sono i sassi che il diritto alza in mezzo all'oceano dei fatti umani non giudicati da esso significativi per la sua costruzione".

"Se verità scientifiche" - dice - "chiedono la democrazia, herò la democrazia socializzante".

DIRITTO E BUROCRAZIA

La realizzazione del diritto ossia l'applicazione del diritto a ogni passo particolare, sarebbe el "busillis quaestionis".

Se diritto, per esempio, rimane condizionato dall'emmane burocrazia giudiziaria. Siccome le strutture giuridiche non sono isolanti una aglutinanti dalle altre strutture: psicologiche, sociali, economiche, politiche, gli atteggiamenti segnano modelli e padroni contenuti nei sistemi, sotto-sistemi e impersistemi, che non sono soltanto giuridici però socioculturali. Se differenze di ogni sotto-sistema si fanno sentire nel sistema dove si trovano. L'applicazione del diritto depende allora dalla burocrazia, con sue distinzioni.

LA RELIGIONE, L'ECONOMIA, LA MORALE

P. de M. caratterizza "la religione, la morale, l'economia, il diritto come processo di adattamento", mettendo insieme sul fatto che tocca alla religione "preparare materia prima di cosa di organico, come essi".

Distinguendo diritto di abitudini e usi spiega che mentre questi sono fatti e che su di esse stesse si compone delle massime dell'esperienza, che "sono enunciati sui fatti", essendo quindi "l'infrazione degli usi e costumi, non infrazione della legge".

Allora, "il rapporto della sentenza adesso è rapporto a fatti, e non regola giuridica" - "non sono da confondere tali usi e costumi con diritto consuetudinario, con regola giuridica. Non si bocano nella premessa maggiore della sentenza. L'argomento è all più grande rilievo perché si tratta di azione repressiva e di ricorso straordinario".

DIRITTO E DEMOCRAZIA

Per l'autore, la Democrazia è piuttosto un concetto tecnico che politico. Non si tratta di qualcosa conclusa, un prodotto fatto però un diventare nel perfezionamento che esige competenza, essendo "suo fine speranza, e non proprio fine, giacché si spera che si arrivi all'accordo tramite simetrizzazione che diminuiscono le diversità della volontà".

Ragimigere questo livello selezione delle simetrizzazioni diminutive è qualcosa che chiede tecnica e competenza.

Scrive che "la Democrazia è un farsi." I costituzionali solo politica, senza preoccupazione dei problemi sociali è temeraria, inoltre di essere un'anacronismo".

Per stabilire le norme di diritto costituzionale ammette che gli avanzi della teoria generale del diritto, alla somiglianza di quel che occorre coi fisici, biologi ed altri scienziati.

P. DE M. : ESTETA

P. de M. è anche un grande esteta, come si può vedere senza difficoltà nelle pagine di "la sapienza degli instinti", "la sapienza della intelligenza" poèmes et chansons". L'non, che emette dei concetti scientifici rigorosi, è anche un creatore di forme stetiche.

Capace di lasciar-se trascinare da Beethoven o Mozart, è un prosatore ceterano e un poeta, paralelo allo scienziato e filosofo.

Scrivendo sull'analogia con i tori, afferma: "non raccogliano che d'accordo coll'amore, la suggestività e il gusto dei nostri sensi "perché" sceglieremo piuttosto a noi stessi nei tori che i tori her noi".

Lusseguito, nei lavori simbolistici, facendo l'analogia delle sensazioni: "Ci sono dei fiori il cui profumo non ha lo stesso colore o la stessa melodia dei petali, tori rossi il cui profumo sarebbe azzurro, se i profumi avessero colori".

Sulle spine scrive: "Ogni volta che vado a riposarmi nelle foreste, torno coll'anima netta, ma la nube piena di spine". Ma non capita lo stesso quando mi vado a certe sale: la vesti vengono intatte, ma è bisogno che pulisca lo spirito".

Sul "genio" dice: "L'ervore del genio ha più luce che tutti gli acciacchi e vittorie dei medici" e "lo sbaglio del genio vale di più che i singoli acciacchi dei mediocri".

ARISTÓTELES E O DIREITO POLÍTICO

OLIVEIROS LITRENTO *

1 - Aristóteles: um pensador invulgar, 2 - O modelo aristotélico de sociedade e Estado, 3 - A compreensão aristotélica diante da sociedade civil politicamente organizada, 4 - O homem como meta fundamental do Estado, 5 - O Estado diante do Direito Político.

1 - Aristótele: um pensador invulgar

Aristóteles (384-322 a.c.), natural de Estagira, na Calcídica, península da Macedônia, colônia grega da Trácia, no litoral setentrional do mar Egeu, deixou, além das obras conhecidas, extraordinário número de escritos que jamais foram encontrados. A criação do Liceu, nome provindo de um templo vizinho dedicado ao deus Apolo Lício, o matador de lobos, fundado em Atenas aos 345 a.c., é fato relevante de sua vida.

Personalidade diferente da platônica, sem aquela imaginação poética do mestre, Aristóteles aliou, a uma sensibilidade aberta e delicadíssima, uma vontade poderosa e tenaz, reunindo todas as forças a serviço de extraordinária obra que avulta tanto no saber filosófico quanto no jurídico. Possuidor de conhecimento extensíssimo, não se deteve apenas em problemas noéticos, procurando a origem dos fatos através da observação e investigação dos fenômenos. De saber enciclopédico, além de reformista moral, demonstrando invulgar interesse pelos aspectos concretos e práticos da vida comunitária, não compartilhou, com seus dois grandes predecessores, Sócrates e Platão, pela preferência aristocrática de Governo. Assim, na área política,

* Prof. - Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ

sobretudo no campo do **Direito Político**, aproximou-se, como o provam suas obras mais representativas nesse setor, da democracia como forma efetiva de Governo.

Eis seu grande legado para o pensamento do Ocidente visto em termos contemporâneos: a criação do **Direito Político**. Sendo a realidade social, expresso com muita clareza em **Política** (1), obra dividida em oito livros, aquela que, exercitando o poder político, é pressuposto e condicionante de entidade organizacional dotada de soberania, o Estado vem a aspirar, com os valores **segurança e ordem, a justiça**. Importante se torna, assim, a compreensão da justiça aristotélica. E, ao lado da essência do justo, a verdadeira compreensão do Governo e do Estado.

Nos dias em que vivemos, de rápidas transformações, de precário entendimento de política quanto às novas técnicas de controle social, sua justificação em face da precariedade cada vez mais crescente do homem, como criatura isolada, ainda que aritimeticamente somada e multiplicada às superpopulações das grandes cidades, tornando a liberdade e igualdade tão-somente mitos rousseaunianos, é importante a reflexão do Estado diante do **Direito Político**. Realiza verdadeiramente seus fins?

A considerar-se o bem-comum finalidade máxima do Estado, bem-comum que, em conceituação lapidar de Santo Tomás de Aquino, é, simultaneamente, "o bem de todos e os de cada um em particular" (2), esta dita felicidade de todos e o de cada homem, isoladamente considerado, tornou-se, nos dias em que vivemos, em face da injustiça social reinante, de caráter duvidoso, solapando as bases da verdadeira finalidade do Direito e do Estado.

Diferentemente de seu mestre, Platão, Aristóteles ocupou-se, levando-se em conta condições sociológicas, históricas e políticas da época, de instituições sociais que, argutamente analisadas, possibilitaram ao grande filósofo e pensador político concluirse, "não com o ótimo absoluto, mas com o ótimo relativo", segundo lúcida observação de G. del Vecchio (3). E é com este "ótimo relativo", pre-

decessor da separação dos poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), que Aristóteles (4) vem, como inspirador de Montesquieu (*De l' Esprit des Lois*) (5), com 20 séculos de antecipação, deixar-no o maior legado para a democracia contemporânea: a limitação do poder político do Estado e as consequentes garantias dos direitos fundamentais do homem.

Outro não é o motivo por que Aristóteles é um pensador invulgar. A extraordinária obra de grande estagirita, que também foi preceptor de Alexandre Magno, é edificada sobre a platônica, mas dela claramente diverge ainda que permanecendo a coexistência comum. Em sua ânsia de abranger todos os saberes, Aristóteles, ao tentar explicar o mundo, suas contradições e harmonias, contrapondo e conciliando o indivíduo e o Estado, veio influenciar decisivamente I. Kant que, nos fins do século XVIII, escreveu a **Critica da Razão Pura** e a importante **dialética transcendental**, aspirando a conhecer o mundo, a alma e Deus através da realização do bem.

A identificação do pensar com o ser verdadeiro, que vem a ser o ponto máximo da **Metafísica**, de Aristóteles (6), chega a Kant através de seu **criticismo transcendental**. Mas é a identificação do pensar com o ser verdadeiro, segundo a **teoria das idéias**, de Platão, que vem influenciar Hegel, caracterizada pela prévia identidade entre realidade e razão. Outro não é o motivo, assim, de ser o **Estado um verdadeiro Deus sobre a terra**, segundo entendimento hegeliano (7).

O fundamento último do Estado, sem desconhecimento de sua origem e evolução, sem perder de vista os elementos históricos e a própria concepção, seus elementos constitutivos, sem o que não pode ser declarada sua existência e o reconhecimento por parte dos outros Estados, dentro da sociedade internacional a que pertence, é, este fundamento último, transcendental, conforme explicação platônica esposada por Hegel. Mas o fim a que tende a ordem política, levou Kant ao **Estado de Direito** quando sintetizou, de maneira magistral, o ensinamento de Aristóteles, ao definir o homem diante do Estado (8).

A conceituação Kantiana de que "O Estado é a união de

uma multidão de homens que vivem sob leis jurídicas comuns, compreendidas estas como o complexo de condições pelas quais a vontade de cada cidadão pode e deve coexistir com a vontade dos outros, dentro de um clima geral de liberdade (9)", é consequência, sem dúvida alguma, como legado democrático à cultura ocidental, do pensamento aristotélico. Sua **compreensão teleológica** de que as relações de cada homem, unidas pelo **fim comum**, são diversificadas pelas condições biológicas, econômicas e espirituais, afirmativas sempre do **principium individuationis**, não significa outra coisa senão o homem como meta fundamental do Estado. Esta **unidade teleológica do Estado**, essencial à dialética transcendental de Kant e às interpretações divergentes de Hegel, nada mais é do que aquela **unidade de associação**, segundo a compreensão do modelo aristotélico de sociedade e Estado (10).

2 - O modelo aristotélico de sociedade e Estado.

Se, atualmente, o conceito de sociedade civil é identificado ao de Estado é bem observar que por Estado, em precisa terminologia de Direito Político, há a reunião de três elementos imprescindíveis: 1) povo; 2) território; 3) governo soberano. Logo, uma sociedade politicamente organizada dotada de soberania. Se comunidade, como é organicamente caracterizada, ultrapassa a sociedade através das vinculações dos laços orgânicos, há uma nação, uma vez, obviamente, que o povo soberano tenha identidade de idéias. Sob esta ótica, a sociedade politicamente organizada para a realização de fins e necessidades comuns, dotada de soberania, é o Estado-nação.

A diferença entre **sociedade civil** e **Estado**, assunto dos mais importantes para o **Direito Político**, remonta a Aristóteles, que considerou a primeira uma comunidade de homens, formando um grupo de indivíduos, com interesses econômicos e sociais mútuos. E, para o segundo, o constitutivo de um corpo político, à maneira da **pólis** (11). Assim, desde as primeiras páginas de sua conhecida obra **Política** (12), já referida, Aristóteles explica a origem do Estado enquanto **pólis** (que era a cidade ou sociedade política grega, com território definido, dotada de **autonomia**, não perfeitamente identificada

com a soberania dos dias atuais), utilizando-se não propriamente de uma construção racional, mas de uma reconstrução de formas históricas. Formas históricas através das quais a humanidade veio evoluindo das formas primitivas às mais avançadas da sociedade primitiva até chegar à sociedade civil que, em sua forma mais perfeita, continua sendo, nos dias contemporâneos, o Estado, ainda que caminhando para blocos ou associações de Estados. Logo, segundo a compreensão aristotélica, há uma passagem gradual de uma sociedade menor para uma sociedade mais ampla ou abrangente.

As principais fases da evolução da sociedade primitiva, a do **estado de natureza** ou **estado de necessidade**, ao **estado social** ou da **sociedade civil**, são, segundo o Estagirita, a **família** (a forma primitiva que originaria os clãs) e a **aldeia**.

Considerando que a comunidade se constitui para a vida de todos os dias, conforme suas próprias palavras, a primeira comunidade, nessas condições, já evolutiva, é o resultado da união de várias famílias dirigidas para a realização de um fim mais abrangente, maior, já não identificado com o de uma só família, mas com o da aldeia, menos cotidiano, mais duradouro.

A **aldeia**, assim, evoluindo para uma comunidade mais perfeita, a **pólis** (ou **cidade**) vem a alcançar razoável nível de auto-suficiência ou **autonomia**, possibilitando a vida entre as aldeias e subsistindo para produção de uma confortável existência (13). Outro não é o motivo por que, ao surpreender a origem do Estado, sob o modelo aristotélico, apresentando a evolução da sociedade humana como uma passagem gradual de uma sociedade menor para uma sociedade maior, resultante de várias famílias e clãs, que evoluiram da **aldeia** para a **pólis** ou **cidade**, a **cidade** evolui para a **província**, esta ao **reino** e este ao **império**. Sob esta ótica, o modelo aristotélico passou por T. Campanella (14), J. Bodin (15) e J. Althusius (16), cujo ponto de partida para o aferimento de suas respectivas teorias políticas não vem a ser uma **utopia da natureza** a levar ao **pacto social**. Muito pelo contrário, a ótica do modelo aristotélico, herdada pelos escritores políticos mais representativos, inclusive os acima mencionados, como

sendo o Estado produto de uma sociedade natural originária, a família, é especificamente realista, portanto concreta e determinada na explicação evolutiva da sociedade humana.

Observando-se atentamente que entre os partidários do pacto social, à maneira de Rousseau, há uma dicotomia, sendo um dos termos a antítese do outro, a exemplificar-se com Hobbes (17), no modelo aristotélico não existe, entre estado de natureza e estado social ou sociedade civil, nenhuma relação de antagonismo como no hobbesiano. Sendo plural e aberto o modelo aristotélico, na lúcida explicação de N. Bobbio (18), levantando uma teoria realisticamente concreta em que, para a ascensão da sociedade primitiva do Estado, há, historicamente, uma relação de continuidade ou de progressão. Levando à conclusão, que aquelas fases evolutivas obrigatórias, obviamente ditadas pelas necessidades da sociedade humana, são dirigidas sempre para um fim comum. Ditadas por transformações permanentes em busca de interesses sociais comuns. Transformações registradas pela história e só explicadas pela História.

Ainda que o Estado seja considerado como uma família ampliada em um homem em grande, segundo Platão (19), idéia que germinou o modelo aristotélico de sociedade e Estado, o gradualismo das referidas transformações nem sempre qualitativas mas quase sempre predominantemente quantitativas, determinando um processo natural de evolução das sociedades menores às mais bem aparelhadas ou maiores, este gradualismo ascensional, ditado pelo fim social, cada vez mais exigente e necessário, veio a representar importante teoria política: Teoria que, ao negar a dicotomia estado de natureza-estado social, não as contrapõe, harmonizando-as.

Assim, no pensamento de Aristóteles, a sociedade politicamente organizada dotada de soberania, o Estado (não se omitindo que na pôlis tinha apenas autonomia), não é jamais compreendido como a antítese de anterior estado pré-político, o de natureza. Sua evolução para o estado social, ou seja, o da sociedade civil que, politicamente organizado veio a ser dotado de soberania, é, no momento histórico em que vivemos, ainda uma organização política

necessária. Tendendo já, pela complexidade do mundo contemporâneo, a agrupar-se em blocos de Estados, OTAN e OEA, em sociedade institucionalizada, ONU, ou comunidade supranacionais, Mercado Comum Europeu (MCE) etc. Assim são as condições impostas às tecnodemocracias pela ampliação ou limitação do território do Estado, carência de alimentação em face das superpopulações, que ameaçam a paz do mundo, do perigoso fantasma malthusiano da fome, competição econômica, tudo conduzindo, por questão de sobrevivência coletiva, de âmbito mundial, a rápidas transformações necessárias à subsistência, criando novas formas de associações de Estados.

Realisticamente, o modelo aristotélico de sociedade e Estado, que inspirou Santo Tomás de Aquino (20), os grandes nomes da Escola Espanhola do Direito das Gentes, entre eles F. de Vitória e F. Suárez, que não se opõe, antes harmoniza, estado de natureza e estado de necessidade, leva à compreensão de que o Estado não é menos natural do que a família (21). E não menos natural na associação evolutiva com outros Estados, segundo ainda a compreensão aristotélica que considera o bem-comum, ai incluído o homem, como meta fundamental do Estado. Aspirando a conhecer o mundo, a alma e Deus, através da realização do bem, que leva ao bem-comum estatal e internacional, levando-se em consideração, primordialmente, a identificação de pensar com o ser verdadeiro, que vem a ser o ponto máximo do pensamento aristotélico (22), chegar-se à dialética transcendental, que inspirou Kant (23), Hegel (24) e está ainda a motivar o espírito crítico dos autênticos estudiosos do Direito Político, que não se assombram nem se intimidam com as exigências dos conhecimentos filosóficos, pressupostos para uma disciplina tão séria e importante, verdadeira Introdução ao Direito Público nos dias em que vivemos, que é o Direito Político.

Sendo o estado de natureza o representativo dos indivíduos isolados, em que os homens, individualmente considerados, são livres e iguais, é de particular importância seja ressaltada a nítida diferença entre este modelo, chamado de júnaturalista, e o aristotélico, o da evolução natural da sociedade. Ao nosso ver, a própria natureza social do homem leva à primazia do modelo aristotélico de sociedade e Estado

sobre o jusnaturalista, ainda que harmonizados, segundo ainda Aristóteles, quanto à identificação do pensar com o ser verdadeiro, conduzindo ao bem-comum.

Ainda que diversificado quanto ao fim último do Estado, conforme as concepções divergentes de Kant e Hegel, este bem-comum não exclui, antes integra, o homem como meta fundamental do Estado.

3 - A compreensão aristotélica diante da sociedade civil politicamente organizada

A compreensão aristotélica diante da sociedade civil, que não se prende a uma simples convenção entre os homens, originariamente isolados, livres e iguais, dissociados e anteriormente separados em seu atomismo individual, mas unidos pela sobrevivência da família e da aldeia, supera o modelo jusnaturalista por seu entendimento histórico, mas a ele se harmoniza, conforme entendimento Kantiano do criticismo transcendental quando, na procura do bem, vem a objetivar-se o bem-comum, que é a finalidade essencial do Estado.

Se por Estado, acrescentando-se a idéia de governantes e governados, entende-se uma sociedade civil a viver em território definido, organizado de tal maneira que apenas algumas das pessoas que compõem a referida sociedade, os governantes, são designadas para controlar, direta ou indiretamente, as atividades societárias dos governados, é evidente que as leis a serem cumpridas deveriam respaldar-se em valores reais socialmente reconhecidos, sem que, não havendo respaldo da legitimidade, o uso da força, quando necessário, há de tornar-se ilegítimo. Assim, o Direito Político, intimamente ligado à Ontologia Política (que explica o Estado sob o prisma filosófico, associado à Sociedade Política), além de suas evolutivas formas históricas, sempre relaciona seus dados reais e valores e à ideologia. Mas admitindo necessariamente, para o perfeito entendimento de seus fins, a compreensão e ajuda da Ontologia Política (25). Seus pressupostos, para o Direito Político são fundamentais.

Outro não é o motivo por que Norberto Bobbio, analisando as ideologias e o poder em crise, clucida, com perspicácia, que após as duas últimas grandes guerras, das revoluções comunistas russa e chinesa, do controle político-econômico das grandes potências, chegamos à imoralidade como uma realidade política (26). Logo, se o uso da força é a condição necessária do poder político, o uso exclusivo e abusivo deste poder transcende a conceituação jurídica de Estado para cair no da imoralidade legalizada. Assim, há uma atualização do ensinamento socrático, via Platão, que Aristóteles intuiu e ensinou, com admirável perspicácia, em suas lições sobre o justo legal e o justo legítimo (27).

A compreensão aristotélica diante da sociedade civil politicamente organizada, ou seja, o Estado, vista sob os ângulos do justo legal e do justo legítimo, envolve, primordialmente, antes do Direito Político uma questão de Ontologia Política, como já ficou ressaltado.

A essencialidade do Direito a ditar a ordem que é harmonia, imprescindível à sociedade humana, é intrinsecamente justa mas coercitiva, a exigir o uso da força quando descumprida ou desrespeitada a legalidade. E legalidade, como ensina Legaz y Lacambra (28), significa, no sentido estrito, a existência de leis e a submissão a elas, obrigando todos aqueles que lhes estão sujeitos. Em sentido mais amplo, significa a probabilidade de produzir-se ações sociais concretas expressas em leis. Como forma social objetiva, pela qual o Direito se manifesta tanto ao jurista quanto ao simples cidadão, a legalidade vem a ser, para a sociedade civil e o Estado, para os quais se dirige, um modelo a ser obedecido pelo mundo social juridicamente disciplinado e conformado com o poder de mando, comumente exercido pelos governantes. A legalidade, nessas condições, vem a expressar valores, constituídos por direitos e obrigações dos governados, de um lado, e do outro, os direitos e obrigações sociais, que estão assegurados pelas funções do poder político estatal através de sua própria competência e atribuições ditadas pela ordem jurídica. Portanto, é a competência das funções do Estado que, existente a lei (vigente e eficaz), permite, como obrigatória, sua executoriedade.

Já legítimo, no **Direito Político**, é não apenas a conformidade com a Constituição, mas sobretudo o consentimento dos governantes para que se torne aceitável a imperatividade coercitiva da legalidade. Logo, o **justo legítimo** pode ser compreendido, não posta de lado as interpretações de Max Weber (29) e C. Schmitt (30), através da permanente e atualíssima compreensão aristotélica de que repetindo, justo legítimo é “aquilo que interessa fundamentalmente ao **bem-comum** (31)”. Tornando real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de homens livres e conscientes, na medida em que o Estado onde vivem, como afirma N. Bobbio, consegue se aproximar à idéia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais (32).

4 - O homem como meta fundamental do Estado

A preocupação ética, que tanto norteou Sócrates, Platão e Aristóteles, enfrentando, em todos os tempos, o desafio do poder político espúrio, levanta, com relação homem diante do Estado, uma problemática eterna. A partir da compreensão de que o poder político é natural e necessário, como natural e necessária é a sociedade humana, tendo por fim a realização do **bem-comum**, é claro que a sociedade politicamente organizada, dotada de soberania, ou seja, o Estado, tem sua força legitimada pelo consentimento da consciência popular. Mas as liberdades do homem, também naturais e necessárias na sociedade humana, uma vez que, segundo Aristóteles, é o próprio homem a **meta fundamental do Estado** (32), somente nos regimes de governo em que se tenta negar, em favor do Estado, a legalidade como subordinada à legitimidade do consentimento popular, são aquelas liberdades humanas ameaçadas e negadas. Se no caso, não existindo a legitimidade, a Constituição é apenas formal.

Se a **liberdade civil** inclui o direito de todos os homens que exercitam e desenvolvem atividades físicas, intelectuais e morais, caracterizando-se o direito de ir e vir, de não ser arbitrariamente preso, de ser proprietário de coisas móveis e imóveis, de acreditar e professar qualquer religião, de expressar oralmente ou por escrito quaisquer opiniões (desde que não importe em crime definido em lei), o direito

de associação, petição, de informações e acesso a qualquer autoridade para reclamações e queixas, de isto é liberdade civil, já a **liberdade política** é compreendida como o direito do cidadão em tomar parte na organização e exercício do Governo, votar e ser votado etc. Sem dúvida alguma, garantidas as referidas liberdades pela Constituição, a vontade do Estado, expressa pelo poder político exercido pelos governantes, vem a ser limitada porque se subordina às garantias fundamentais do homem.

Entre os mais fortes argumentos dos reacionários e autocráticos de todos os tempos contra os direitos do homem, particularmente contra a liberdade, o mais utilizado, comumente, é o da **inexequibilidade** daqueles direitos. Atualmente, aceitam, com facilidade e duvidosa solidariedade, as garantias dos direitos sociais, de fundamento ético inquestionável, mas de hipotética aplicação. Todos tomaram conhecimento nos dias atuais, através da terrível denúncia, nunca contestada, de Soljnítsyn (**O arquipélago Gulag, Um dia na vida de Ivan Desinovite** e **O Primeiro Círculo**), de relatos dantescos que contam o inferno de vida no dito paraíso socialista soviético, da hoje implodida URSS, a caminhar agora, felizmente, para uma democracia social, de feição digna e humana. Os exilados de Cuba preferiram e ainda preferem os tubarões ao antes endeusado e até agora mantido paraíso de Fidel.

Qual a inevitável relação de todas estas questões políticas da atualidade com Aristóteles? Exatamente porque escreveu páginas admiráveis sobre o papel nefasto da autocracia e do tirano ao dirigente que se afasta das formas puras de Governo (33), opondo-se, assim, com preocupação essencialmente ética, ao Estado, quando este, sem limitações, foge de sua meta essencial: o **aperfeiçoamento do homem em seu seio**. Sem garantias, este aperfeiçoamento, ainda que de considerável **Know-how** técnico, é nulificado pela inexistência da qualificação ética.

5 - O Estado diante do Direito Político

Aquela participação viva no fundamento das coisas, que

foi idéia cara a Montesquieu (34), inspiração de Brentano a conduzir à **Axiologia Fenomenológica** dos grandes mestres da Escola de Baden, entre os quais se destacam Emil Lask, Edmund Husserl, Max Scheler e Nicolau Hartmann, marcou a tônica viva do legado aristotélico. Enfoca, sob um novo prisma, quanto à essência, a concepção tomista do valor com relação ao ser. Assim, a incagável importância dos valores, em que a justiça é sinônimo de harmonia com vistas ao bem-comum, assegurando-se, pela justiça através da segurança e ordem, uma visão perfeita da realidade político-jurídica, óbvio que a liberdade, entre os valores, situa-se em elevada hierarquia. Polarizada, como valor positivo, integrante do bem-comum. São observações de Kant (35) e chegaram a Max Scheler (36) e à Escola de Baden, perpetuando-se, assim, pela participação viva no fundamento das coisas, a essência da liberdade como valor ético para uma perfeita realização do bem-comum, somente possível pelo Estado se o homem for meta fundamental. Esta, a grande contribuição de Aristóteles à Teoria Política desenvolvida em todas as épocas a ele subsequentes.

Se, segundo lúcida conceituação de Montesquieu, o Direito Político pode ser sintetizado como "leis que estabelecem relações entre os governantes e os governados (37)", distingüindo-o do Direito Civil, como disciplina introdutória ao Direito Público, que é de caráter propedêutico, antecendendo, obrigatoriamente, o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional (38), disciplinas político-jurídicas especializadas.

Excluído o formalismo abstrato, o Estado através destas rápidas reflexões sobre o legado político aristotélico, conduzindo à realidade política, a ser descoberta parcela sobre parcela (39), revela um leque de disciplinas intimamente vinculadas: **Ontologia Política e Filosofia do Direito e do Estado** (fundamentais), seguidas da Ciência Política, Teoria Geral do Estado, História das Idéias Políticas, Economia Política, Direito Internacional Público e Direito Constitucional, sem as quais se torna impossível uma avaliação exata da considerável importância do Direito Político(40).

Se a sociedade política não existe antes do poder político,

como tão bem assinalou Aristóteles (41), o Estado, ou seja, a sociedade politicamente organizada dotada de soberania, encontra no Direito Político o instrumento jurídico adequado para a realização de sua finalidade suprema: o **bem-comum**, que Santo Tomás de Aquino divulgou em conceituação lapidar (42). Aristóteles, hoje mais vivo do que antes, está a imprimir, nos dias contemporâneos, uma visão renovadora da justiça social.

Assim, o Estagirita não é apenas o fundador do Direito Político. Se na definição kantiana o Dírcito é um conjunto de normas contrárias ao arbítrio, fazendo prevalecer sobre o arbítrio a justiça e igualando, juridicamente, sob a ótica da igual oportunidade para todos, os fortes e os fracos, os homens e as mulheres, os ricos e os pobres, os nobres e os plebeus, a justiça, valor-polar do Direito, segundo Aristóteles, jamais pode ter aplicação contrária à ética (43). O Estado, visando ao bem-comum, a assegurar a todos os homens uma vida em coexistência, possibilitando até o direito de resistência (44), quando autocrático e ultrapassando os limites do consentimento popular e ferindo os direitos individuais humanos e suas respectivas garantias, nada mais é, o Estado, do que um instrumento, um meio a serviço do bem-comum. Outro não foi o motivo por que Francisco Suárez, continuando a imperfeita lição aristotélica, escreveu que "a problemática da fundamentação do Dírcito não pode dissociar-se do bem fundante de toda norma: o bem-comum (45)".

Defensor das aspirações coletivas e do homem, como meta fundamental do Estado, inspirador da justiça social, que deveria ser a tônica, mas é a problemática de nossos tempos, o fundador do Direito Político, Aristóteles, está em pauta para debates diante de uma urgente reformulação político-jurídica dos dias em que vivemos. Dias turbulentos, de uma sociedade de consumo, de negação dos valores éticos, sociedade epidermicamente cristã, não procurando dar ao Dírcito, sobretudo o Direito Político, aquela função prescritiva, real, efetiva, que deveria servir às necessidades de nossa época. Caracterizando um fim de século, eticamente moribundo nossos dias turbulentos no Ocidente, são um complexo econômico-financeiro a ditar uma felicidade entre aspas, quando esta felicidade deveria derivar, segundo Aristóteles (46), não do bem de alguns, mas de uma meta superior, o **bem-comum**, que responde à felicidade de todos. Somente possível com o primado e revalorização do ético.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA (ordem onomástica)

- ALTHUSIUS** J. (16) *Politica Methodice*, Harvard U. P., 1932.
- ARISTÓTELES** (1), (4), (6), (8), (11), (12), (13), (21), (22), (27), (33), (36), (41) E (46): *Ética a Nicômaco*, 1129 e segs., *Política*, I, II, III, IV, V, VI, VII, e VIII in *Obras*, 2a. ed. da Aguilar, Madri, 1967. *Metafísica*, idem.
- BODIN**, J. (15) *Les Six Livres de la République*, Paris, 1599.
- BOBBIO**, N. (10), (18), (26), (31) e (32): *Sociedade e estado na Filosofia Política Moderna*, 2a. cd., Editora Brasiliense, S. Paulo, 1987. *A Era dos Direitos*, Editora Campos, Rio, 1992.
- CAMPANELLA**, Thomas (14): *Cidade do Sol (Civitas Solis) in Realis Philosophiae Partes Quatuor*, cm suplemento, 1620.
- DEL VECCHIO**, G. (3): *Lições de Filosofia do Direito*, vol. I, Armênio Amado, editor, Coimbra, 1959.
- HEGEL**, G. E. F. (7): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. G. Lasson, Lípsia, 1930.
- HOBBES**, Thomas (17): *Leviathan e De Cive in Opera Philosophica*, Londres, 1829-1845.
- KANT**, I. (8), (9) e (35) *Immanuel Kant's Werke*, ed. Cassirer, Berlim, 1922-23.
- MONTESQUIEU**, Charles de Secondat, Barão de (5), (34) e (37): *De l' Esprit des Lois, in Oeuvres Complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1951.
- LEGAZ Y LACAMBRA**, L. (28): *Filosofia del Derecho*, 2a. ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.
- LITRENTO**, Oliveiros (38): *Visão Atual do Direito Político in Djacir Menezes e as Perspectivas do Pensamento Contemporâneo*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1979.
- MACHADO PAUPÉRIO**, A. (43): *O Direito Político de Resistência*, Forense, Rio, 1962.
- PLATÃO** (19) *República, O Político, As Leis in Obras completas*, 2a. ed., Aguilar, Madri, 1969.
- ROUSSEAU**, J. J. (17): *Du Contrat Social*, II, Cap. IV, in *Oeuvres*, ed. Dufour-Plan, 20 volumes, Paris, 1924-1934.
- SUAREZ**, F. (45): *De Legibus* livro III, in *Las Leyes*, edição bilingue latim-espanhol, Instituto de Estudios Políticos, Madri, 1918-1921.
- THOMAS de AQUINO**, Santo (2), (20) e (42): *Summa Theologica*, tomo III, 2a versão espanhola, Biblioteca de Autores Cristianos, Madri, 1959. Idem in *Opera Omnia*, Paris, 1871-1873.
- URIBE**, H. Gonzalez (25): *Teoria Política*, Editorial Porrúa S. A., México, 1977.
- VERDU**, Pablo Lucas (40): *Curso de Derecho Político*, vol. I, Editorial Tecnos, Madri, 1972.
- WEBER**, Mx (29): *Economia y sociedad*, tradução alemã de L. Echavarrita, México, 1944.

APONTAMENTOS PARA ESTUDO SOBRE MARTINS JUNIOR

JOSUÉ DE OLIVEIRA LIMA

Na bibliografia jurídica, dois livros precisam ser reeditados, com a maior brevidade possível e para isso chamo a atenção dos editores nacionais, antes que os estrangeiros lancem mão desta coroa. São eles "Compêndio de História Geral do Direito" e "Historia do Direito Nacional" que formam as "Obras Reunidas de Martins Junior", escritas por ele em 1895, e reeditadas em 1963 e 1966, sendo o segundo volume prefaciado por Antíógenes Chaves, nome a quem muito deve a cultura pernambucana.

São trabalhos de enorme validade científica, com especificação jurídica e antropológica, nos quais o autor encerra substanciosa experiência testamentária de um patriarca do conhecimento jurídico e técnico.

No campo doutrinário ela aborda, essencialmente, aspecto relativos ao estudo do direito, sua evolução e leis que a dominam, percorrendo, com a sensibilidade de naturalista, os esconderijos do passado, com exercício e prática de analista devotado, apontado os efeitos casuísticos de acontecimentos nas grandes monarquias da raça amarela, situando a posição dos institutos jurídicos da China, Peru e México.

Com levantamento de dados informacionais a respeito das origens do direito no antigo Egito e a vida jurídica na antiga Grécia, com riqueza de expressão, Martins Junior beneficiou os estudiosos dos mais variados graus de cultura, notadamente os antropólogos,

dando ênfase a conceituações de variáveis sociológicas, em que pesce o sentido eminentemente técnico da sua obra como a seguir se vê: "Poetas e homens de ciências estão de acordo em afirmar que a fome e o amor, o instinto de conservação e de reprodução, foram e são os dois primeiros e grandes motores do desenvolvimento humano. Deles surgiu a família e a propriedade - dois institutos jurídicos fundamentais".

Quando escreveu essas obras, Martins Junior tentou suprir lacunas bibliográficas exigidas pela demarragem curricular dos cursos jurídicos em funcionamento desde 1827. Ele mesmo afirma: "Compreende-se à primeira vista a dificuldade da tarefa. Tinhamos de renovar o milagre bíblico: - era preciso extrair um mundo do nada, porque positivamente nada, era o que nos fornecia a literatura jurídica nacional, no departamento do estudo imposto ao nosso alcance".

Mesmo assim, surpreendeu o meio cultural com ênfase dada aos apontamentos realizados em torno do peregrinismo do direito nacional, sua fase delicada do colonato, com os sistemas de capitâncias hereditárias ou neo-feudalismo brasileiro, aplicando visão retrospectiva do Brasil Corte e Brasil-Reino.

Pela atualidade dos pontos de vista que ainda configura, os escritos específicos para a cultura jurídica, da autoria de Martins Junior, estão a merecer, urgentemente, dos poderes públicos constituidos, para a educação e suprimento curricular dos foros acadêmicos e universitários, novos reforços de financiamento para edições complementares, apenas com a readaptação vernacular.

Torna-se imperiosa a necessidade de conhecimento, pela geração atual, das obras desse notável pensador e filósofo pátrio, cuja memória está perpetuada no bronze de uma das estátuas erigidas em sua homenagem, no pátio externo da Faculdade de Direito do Recife e, muito mais, pelos magníficos trabalhos que sua mente produziu, elevando-o, et-pour-cause, ao pórtico da imortalidade histórica.

Com a leitura dos compêndios sob análise, cujos

exemplares me foram oferecidos por gentileza e com amável dedicatória do neto do autor, Professor José Izidoro Martins Souto, está sendo possível desanuviar u'a inocência cultural do comentarista, no campo específico dos estudos jurídicos, mormente agora quando o avanço na rota dos estudos históricos e bibliográficos, o curso do rio conduz, inevitavelmente, à desembocadura de afluentes plenamente navegável, sem maiores esforços e com surpreendentes motivações com anotações e observações sociológicas em torno da vida do grande autor da "História do Direito Nacional" e "Compêndio de História Geral do Direito".

Ao reexaminar, detidamente, os ensaios escritos por Barbosa Lima Sobrinho, a respeito de Oliveira Lima, sobre quem Gilberto Freyre também escreveu, pude constatar o momento emocionante em que o eminente autor de "Dom João VI no Brasil" visitou de volta dos Estados Unidos, o historiador Martins Junior, em sua residência, na rua do Riachuelo, em Recife, quando, em vão, se debatia pela recuperação da saúde abalada. Com ele, Oliveira Lima travou diálogos, colóquios e confabulações, relembrando aspectos da vida brasileira, especialmente o esforço feito pelo jurista a fim de dar poderosa contribuição na questão, de limites das fronteiras do Brasil, que resultou na conquista do território do Acre, graças à poderosa ajuda de Martins Junior, exatamente quem pôs à luz problema de natureza constitucional, invocando, inclusive, exemplo dos cantões suíços.

E, como afluente leva a confluente, prossegui no encalço cultural de Martins Junior, vendo-o, também, pelo ângulo político em face da posição por ele ocupada na época, com estreita ligação junto a Maciel Pinheiro. Foi na leitura do célebre artigo que escreveu, em 1911, para o Jornal do Commercio do Rio de Janeiro, onde recolhi esse axioma de sua palavra: "o joio da política não se mistura com o trigo jurídico". Talvez esse pensamento já conduzisse no bojo de sua imaginação o resultado das amarguras e das grandes decepções dos dissabores e do sofrimento por ele passado em sua atribulada vida, podendo Martins Junior ser considerado grande vítima do vendaval político de então.

Segundo observadores históricos, teria ele chegado ao posto de Governador de Pernambuco, não fosse o maquiavelismo de Floriano Peixoto, na época presidindo a jovem república brasileira. No "Brasil Anedótico", Humberto de Campos, 1927 descreve o "portrait", revelando os motivos do desencanto de Martins Junior: "Deposto o Barão de Contendas, que ocupava o cargo, a Junta Governativa, então formada, indicou a Floriano Peixoto três nomes: Martins Junior, primeiro da lista, seguindo-se de José Vicente e Ambrósio Machado. Dias depois chega ao Recife, para a junta este telegrama que a deixou desorientada e sem outra saída, pois ninguém ousaria contrariar o Presidente: "Barbosa Lima accita e agradece". Assim, sem que o esperasse, Barbosa Lima foi Governador de Pernambuco, saindo do Campo das Princesas para o Senado Federal, fato que poderia ter ocorrido com o Martins Junior.

SEÇÃO II DISCURSOS

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

PINTO FERREIRA

I- O Instituto dos Advogados de Pernambuco

Durante toda a minha vida sempre defendi a justiça, a legalidade, a Constituição, mesmo nos momentos mais difíceis do bonapartismo. É assim que me sinto associado ao espírito do Instituto de Advogados, que sempre se orientou numa linha ideológica condizente com tal pensamento.

Sinto-me assim honrado com minha eleição por unanimidade para o Instituto de Advogados de Pernambuco, que tem mantido em toda a sua existência uma orientação ajustada a este ideário.

O Instituto dos Advogados Brasileiros foi fundado em 07 de agosto de 1843, como uma associação de doutores e de bacharéis em direito que tenham exercido ou exerçam a advocacia. Foi criado com finalidades culturais, de colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento da ordem jurídica, defesa dos direitos e interesses dos advogados, e bem assim da dignidade e prestígio da classe dos juristas.

O seu primeiro presidente nacional foi Francisco Gé Acaíaba de Montezuma, Visconde de Jequitinhonha, teve até hoje personalidades ilustres na presidência, com nomes expressivos na advocacia e nas letras jurídicas, incluindo Teixeira de Freitas.

É de relembrar que em numerosas oportunidades exerceu visível influência tanto na elaboração como na reforma do sistema jurídico nacional, no preparo e crítica de textos legais e constitucionais.

Aos poucos foram criados diversos institutos de Advocacia no País, entre eles o Instituto dos Advogados de Pernambuco, que ao lado da organização hoje mais eficiente e prestigiada que é a OAB regional, tem também mantido esta linha e este perfil de atuação para o conhecimento e debate das grandes questões jurídicas que impressionam os críticos e pensadores.

Recebo a presidência do Instituto como sucessor do Dr. João Pinheiro Lins, cuja gestão inexcavável foi pontilhada de sucessivos eventos culturais, dando margem à continuação de sucessivas edições da **Revista do Instituto**, cujo primeiro número foi lançado pelo advogado e também ex-presidente Urbano Vitalino de Melo Filho. Coube a João Pinheiro Lins também a realização de inúmeros cursos sobre diversos ramos do direito, conferências e debates com larga repercussão e ressonância no meio jurídico local.

Durante o biênio da minha presidência pretendo sobretudo manter esta orientação, sobretudo centralizando a minha administração na continuidade da publicação da **Revista do Instituto** e no debate de três temas que me parecem importantes no momento brasileiro, a saber, a reforma da codificação processual, a reforma do sistema financeiro nacional e a reforma constitucional do Estado, sem prejuízo de outros temas que mereçam a atenção do jurista brasileiro.

II- A reforma da legislação processual

À evidência, a nossa ordenação processual necessita de modificações. Ocorre agora um tempo de mudanças e de ondas

renovatórias na doutrina internacional do processo civil, principalmente com Mauro Cappelletti e Vitoria Denti, com influência visível em toda parte inclusive entre os doutrinadores brasileiros.

O Brasil já teve várias ordenações processuais. A começar com o Regulamento nº 737 de 1850, por muitos considerado como um monumento legislativo, embora criticado por outros tantos, não condizente com a renovação processual posteriormente possibilitada pela obra de Von Buelov sobre a Teoria das **Exceções Processuais**, datada de 1868.

A segunda ordenação foi o Código de Processo Civil de 1939, procurando demarrar o sistema de toda uma legislação anterior relacionada com o direito lusitano das Ordenações, mas que não se familiarizou com a reforma profunda operada na ciência processual tanto na Alemanha com Wach e outros doutrinadores e também na ciência processual italiana com Carnelutti e Chiovenda.

A edição do vigente Código de Processo Civil de 1973 acentuou-se com passo de importância, reputado o mesmo como um passo de gigante por Cândido Dinamarco, tendo em vista a adoção tanto de conceitos modernos como da correta estrutura dos institutos.

Realmente o dito Código trouxe inovações, adotando institutos novos como o julgamento antecipado do mérito, o recurso adesivo, dando vestimenta nova a outros institutos como o despacho saneador e a denunciação da lide.

O dito Código entretanto não representou uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural face à legislação antecedente, aperfeiçoando-se no entanto na sua técnica processual e evitando a atecnicidade antes existente. Salienta-se inclusive que os princípios e linhas fundamentais existentes no atual Código são os mesmos do Código de 1939. Na lição de Chiovenda, a distinção substancial dos ordenamentos no espaço de tempo são os princípios adotados, ou a forma diferente com que eles absorvem certos princípios fundamentais: o princípio lógico, o princípio jurídico, o princípio político e o princípio

econômico, firmando-se também o caráter ético do processo ou o seu caráter **deontológico**, em comportamentos e normas pautados segundo os valores escolhidos, é a chamada conotação ideológica do processo.

Conforme Luigi Bagolini no estudo **Visão da Justiça e Senso Comum** (*Visione della giustizia e senso comune*, 2^a ed., Turim, Giappichelli, 1972), "entende-se por definição deontológica aquela na qual a relevância jurídica de uma norma ou de um ordenamento é indicada como dependendo da conformidade a um valor ou a um dever ser (justiça, liberdade, bem comum, etc.)."

Uma grande renovação se realizou mediante o que se chamou de direito processual constitucional, buscando uma síntese metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, que se realizou sobretudo em alguns países europeus como na Itália, bem como México e no Brasil.

A nossa Constituição de 1988 sobretudo focalizou a atenção em dois pólos do direito processual constitucional, visando à **tutela constitucional do processo** e ao fortalecimento das medidas instrumentais de **jurisdição constitucional das liberdades**.

Assim por um lado ela expressou com todo o vigor a garantia do contraditório no processo civil e no processo administrativo, garantiu o juiz natural, o **due process of law**, a motivação das decisões judiciais.

Na esfera da jurisdição constitucional das liberdades inovou com os institutos do mandado de injunção e do **habeas data**, consagrou regras importantes da tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral), criou os institutos do mandado de segurança coletivo, reservou espaço constitucional à ação civil pública e aos juizados especiais de pequenas causas, ampliou a esfera das ações de inconstitucionalidade.

Os princípios informativos do Código de Processo Civil de 1973 são princípios individualistas, disciplinando a singularidade

da tutela jurisdicional, como herança do direito romano. Os pontos salientes de tal individualismo na tutela jurisdicional se representavam nesse tripé, a saber: a legitimidade necessariamente individual (CPC, art. 6º), os efeitos diretos da sentença invariavelmente limitados às partes no processo, a rigorosa limitação subjectiva da autoridade da coisa julgada (art. 472) como salienta Cândido Rangel Dinamarco em seu ensaio **A reforma da Código de Processo Civil** (São Paulo, 1995, 2. ed., Malheiros Editores, p. 26).

A Constituição de 1988 se orientou por uma tutela jurisdicional coletiva em muitos pontos, elevando a ação civil pública à dignidade constitucional, como instrumento de tutela de direitos e interesses superindividuais. Mais tarde surgiram o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, todos de 1990, facilitando o acesso à justiça e disciplinando 3 espécies de direitos e interesses relativos à tutela coletiva: os difusos, os coletivos no seu sentido restrito e os individuais homogêneos. Em muitos aspectos se alargou a legislação ativa do Ministério Pùblico por uma nova missão constitucional que lhe foi atribuído, impulsionando a tutela jurisdicional coletiva do direito brasileiro.

Atualmente cuida-se de uma **mini-reforma** do Código de Processo Civil, visando a um **processo de resultados**, com a chamada **instrumentalidade de processo**, com a sua tendência a amparar a tutela coletiva, a universalização da tutela jurisdicional, o efetivo acesso à justiça. A esse respeito deve-se lembrar a máxima de Chiovenda, conforme a qual "na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem o direito tudo aquilo e precisamente aquilo que lhe tem o direito de obter", é a **efetividade do processo**.

A **mini-reforma** do CPC que se vem realizando ultimamente já alterou 114 artigos do CPC vigente e embora não se tenha aproximado do método das **novelas** que no direito italiano já promoveu diversas reformas, entretanto permitiu mudanças de importância. O método da **novellazione** foi adotado na Itália, atingindo plenamente o processo de conhecimento regulado pelo Codice de Procedura Civile (Lei n. 353, de 26.11.90), lei reformadora chamada

pela doutrina como **La novella del 1990**, como é a designação de Sérgio La China em sugestivo livro.

Sem dúvida alguma a tendência é a da celeridade do processo, um processo de resultados, a efetividade de processos, o acesso dos consumidores do serviço judiciário à própria justiça.

III- A efetividade do processo, a dimensão temporal da lei processual e os direitos processuais adquiridos

A efetividade do processo tem por fim a garantia do acesso à justiça e da eficácia dos direitos processuais adquiridos. O CPC não consagrou expressamente o princípio da irretroatividade da lei processual, como procedeu o art. 2º do Código de Processo Penal.

A lei processual tem uma dimensão temporal, uma dimensão no tempo. O CPC vigente no art. 1.211 disciplinou a eficácia da lei processual no espaço, porém regulou de forma deficiente a sua eficácia temporal.

Deve-se então apreciar o problema da retroatividade da nova lei incidindo sobre os atos processuais já realizados. Diversas posições doutrinárias foram assumidas, como a adoção do sistema do "isolamento dos atos processuais" contrapondo-se ao sistema da "unidade processual" e das "fases processuais".

Conforme salienta Andréa Torrente não é justo impor o comando de uma lei sem que pelo menos, no tempo em que ela se realizou, ela fosse conhecida. Daí salientar-se a necessidade de indagar os efeitos da lei processual nova quanto aos fatos presentes, fatos pretéritos e fatos futuros.

A respeito da irretroatividade da lei processual escreve Rogério Lauria Tucci: "Tenha-se presente, destarte, que, referentemente à aplicação do aludido princípio **tempus regit actum**, duas são as regras fundamentais: a) a irretroatividade de nova lei processual, de sorte que os atos realizados em conformidade com as disposições da antiga

permaneçam válidos; b) imediatividade de nova lei processual, que passa a disciplinar o desenvolvimento restante do processo".

E a tese preconizada inicialmente por Paul Roubier em suas obras: **Distinção do efeito retroativo e do efeito imediato da lei**, na Revista Trimestral de Direito Civil.(1928), **O conflito das leis no tempo** (Paris,1929-1933), **O direito transitório**. (Paris, 1960), e **Direito subjetivo e situação jurídica** (Paris, 1963).

Deve-se então distinguir entre **retroatividade da lei** e sua **aplicação imediata**, conforme Roubier. Cabe mencionar a feliz definição de Cândido Rangel Dinamarco (cit., p. 97): "Retroatividade é a imposição do império de uma lei a fatos pretéritos ou a situações consumadas antes da vigência, enquanto a aplicação imediata é a sua imposição à fatos e situações pendentes quando entra em vigor".

Dai a referência doutrinária a **direitos processuais adquiridos** ou a **situações jurídicas constituídas e consumadas**, para não afrontar direitos consumados prejudicando o seu titular. É orientação adotada por Amaral Santos, que é a do chamado **isolamento dos atos processuais**, segunda a qual a **lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência**. São os chamados direitos processuais adquiridos, conforme a expressão de Galeno Lacerda e Cândido Rangel Dinamarco.

IV- A reforma constitucional do Estado

Trava-se atualmente uma grande polêmica no Congresso sobre a estrutura do Estado, uma ampla reforma constitucional, com as emendas que vêm sendo elaboradas, formalmente feitas conforme o figurino constitucional, mas com um conteúdo ideológico ocasionando debates por toda a parte, menos pela opinião pública, que não é ouvida. No fundo a tendência reformista do atual Congresso visa a transformar o atual Estado brasileiro, que é uma democracia social imperfeitamente praticada, para os rumos do neoliberalismo.

No fundo toda transformação social só pode ser edificada sobre a base da cidadania, não um cidadão de papel, porém uma cidadania bascada neste tripé real: saúde, educação e emprego, para que o cidadão não seja vítima de um processo de alienação criado pelo ilusionismo da propaganda da mídia eletrônica e impressa nas mãos de autênticos oligopólios e de empresas associadas. De outro lado os planos de recuperação econômica promovidos no Brasil, nunca conseguiram permitir a riqueza para o pobre. O pobre nunca foi tão pobre depois que se inventaram tantos planos de recuperação econômica e de estabilização monetária.

Assis Chateaubriand perto da época em que foi vitimado com trombose, tinha em 1959 um império de comunicações constituído por 40 jornais e revistas, mais de 20 estações de rádio, quase uma dezena de estações de televisões, uma agência de notícias e uma empresa de propaganda. O paralelo mais próximo que se pode encontrar do poderio dos associados era o do outro império do magnata norte-americano William Randolph Hearst, porém mesmo assim abaixo do Estado montado por Chateaubriand (vide Fernando Morais, *Chatô, O Rei do Brasil*, São Paulo, 1994, p. 613), em herança abocanhada por outro império de comunicação na atualidade, que mistificam a opinião pública.

Sem dúvida alguma é importante uma reforma constitucional do Estado, porém em pontos expressivos que permitam o desenvolvimento e o acréscimo de riqueza para o homem comum do povo e para o país, e não com emendas que nada acrescentam ao desenvolvimento nacional.

Determinadas emendas são absolutamente inúteis para o país, como por exemplo a de ampliar ou diminuir mandatos do Chefe do Executivo, pois no Brasil o Presidente da República já teve diversos prazos de duração de mandato, desde 4 a 7 anos, sem nenhum resultado para a governabilidade. Um mandato curto já é grande mal para um desgoverno.

Já outras mudanças são indispensáveis, como a reforma

do sistema financeiro nacional, cuja falta de credibilidade aumenta na opinião pública nacional.

A elevada taxa de juros, a alta taxa de compulsório e a inexistência do sistema preventivo de proteção ao depositante e poupadão tem provocado a falta de credibilidade no sistema.

Foi isto que deixou no Banespa um rombo de 12 bilhões de dólares, enquanto que o Banco Econômico foi à lona com 1,8 bilhões, podendo se fazer a comparação deste montante excessivo com o tradicional Baring, tendo 232 anos de existência, que quebrou com um furo de 1,3 bilhões, e a onde a Rainha da Inglaterra depositava parte de sua imensa fortuna.

O Banespa antes sólido símbolo da riqueza paulista teve o seu rombo com o esquema em que se envolveram funcionários dos bancos, diretores e ex-presidentes, com a complacência benevolente dos órgãos fiscalizadores, quando uma multidão de gente expressiva montou um esquema para saquear o dinheiro público (vide Exame, agosto, 1995, ano 14, nº 8, p. 66-70, no artigo de Fernando Valeika de Barros e Thales Guaracy, com o título *A confederação demolidora*). No fundo o grande perdedor é o contribuinte.

V- Reforma da Constituição

Uma Constituição não é uma obra eterna, porém deve estar dotada de uma certa perenidade ou permanência histórica, para ser alterada conforme as circunstâncias e o desenvolvimento econômico e cultural da sociedade.

A Constituição não deve ser alterada pelo arbítrio de uma minoria inexpressiva na maioria ocasional de um Congresso Revisor.

A Constituição se faz ao clarão dos grandes debates nacionais, e dos quais o Congresso Revisor não é o maior. Ela se faz sobretudo pela opinião pública, manifestada por todos os órgãos da discussão livre: sindicatos, academias, universidades, igreja,

associações, grupos ecológicos, comércio, indústria, agricultura. Tudo isso multiplicado pelos jornais, pelo livro, pelo telégrafo, pelo rádio, pela televisão, pela mídia eletrônica e impressa, e nunca reduzida ao âmbito de discussões palacianas.

Elaborada a Constituição é preciso aplicá-la. Uma Constituição que não é aplicada, morre ao nascer.

Em seguida se deve concretizar o sonho de interiorização nacional da cidadania no espaço virgem das selvas e dos chapados do Brasil quase desconhecido, tanto na cidade como nos campos. É preciso formar o homem e o cidadão dentro do homem, habituando-o ao cumprimento da lei.

O filósofo e pensador inglês Hart em seu livro *O Conceito de Direito* afirma com ironia: "A lei é feita pelos governantes para ser obedecida pelos governantes e governados; mas como é feita pelos governantes quase sempre é exigida apenas dos governados".

A Constituição brasileira pode ser melhorada? Pode. A Constituição precisa de alguns acertos? Precisa. Porém empreender de cambulhada uma reforma sem uma convocação apropriada significa apenas uma coisa: colocar em frangalhos a soberania nacional e o patrimônio público, favorecendo o empenho e avidez de grupos sequiosos de promover o seu enriquecimento e aumentar o seu faturamento, também privatizando com moeda podre um número importante de atividades essenciais da nação.

VI- Os pontos de estrangulamento do desenvolvimento nacional

Há diversos pontos de estrangulamento que são obstáculos ao desenvolvimento nacional, pois apenas prejudicam a nação, enriquecendo grupos privilegiados, e que cabem ser corrigidos.

Para isto a Lei Magna pode ser emendada com algumas sugestões que permitem superar a crônica crise brasileira, que é uma crise moral, política, econômica e financeira.

A primeira sugestão de emenda à Carta Magna é a da diminuição do número de representantes do Congresso Nacional. O número de congressistas é bem amplo no Brasil com 513 membros, maior do que nos Estados Unidos, com uma população superior, e cujo Congresso apenas se compõe de 435 membros. O Senado norte-americano tem 2 senadores por estado, o Brasil tem 3. Os pequenos Estados componentes da Federação norte-americana como os do Alaska, Delaware, Montana, Dakota do Norte, Dakota do Sul, Vermont, Wyoming, têm somente um deputado por Estado, enquanto os pequenos Estados brasileiros têm cada um 8 deputados federais que representam os Estados, com o seguinte número: Califórnia que é o Estado com maior representação, com 54 deputados federais; Nova York com 34, Texas com 30 e Flórida com 23, que são os maiores. Vê-se assim que Nova York é uma potência e só elege 34 deputados federais, enquanto no Brasil, São Paulo tem 70 deputados. Seria prudente assim diminuir tal número de representantes na legislatura brasileira, com o consequente descrédito de gastos.

Outra reforma importante é a do Poder Judiciário, fazendo-se do Supremo Tribunal Federal uma Corte Constitucional e se ampliando a esfera de atribuições do Superior Tribunal de Justiça. Deve-se também ampliar o número de juízes, para mais rápida aplicação do direito nas lides forenses. No Brasil existe um cargo de juiz para 19.200 habitantes, enquanto na República Federal da Alemanha há um juiz para 3.863 jurisdicionados, respectivamente 7.817 cargos de juiz no Brasil e 15.532 na Alemanha (vide *O Judiciário na Constituição*, 1993, Saraiva, p. 98).

Outra emenda constitucional útil é a de diminuir a carga tributária paga pelo contribuinte brasileiro. O Brasil tem atualmente 58 tributos, sendo 11 impostos (federais, estaduais ou municipais). Muitos tributos são de precária significação e com um modo de arrecadação com muitos gastos, e ainda é de salientar que a carga tributária que incide sobre o percentual do PIB é maior no Brasil do que no Japão e nos Estados Unidos (ano de 1993). É a seguinte a carga tributária que incide sobre o percentual do PIB nestes países: Brasil com 53,4%; Alemanha com 38,2%; Itália com 37,9%; Inglaterra

com 37,1%; Espanha com 29,8%; Japão com 28,3% e Estados Unidos com 27,7%. Os maiores países em PNB do mundo, Estados Unidos com US\$ 6 trilhões e Japão com US\$ 3 trilhões, são os que cobram menos tributos. No Brasil a diminuição de tal carga tributária provocará evidentemente maior poder aquisitivo do povo e aumento do volume dos negócios com melhor arrecadação do Estado.

Outra emenda importante é a supressão das medidas provisórias, que constituem um invento político próprio do regime parlamentar, originário da República Parlamentarista da Itália com a sua Constituição de 1947. As medidas provisórias não se adaptam bem na República presidencial, no Brasil foram admitidas com a Constituição de 1988 (art. 62), para os casos de relevância e urgência, perdendo eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação. Na Itália, quando a medida provisória não é aprovada pelo Parlamento, é possível até a queda do gabinete ou do ministério, como aconteceu com o Ministério de Fanfani. No Brasil o Congresso nem sempre converte em lei a MP e o Presidente da República a reedita, afrontando até mesmo direitos adquiridos, como no caso do confisco do cruzado. Parece que no país o provisório é definitivo e o definitivo é provisório.

Ainda medida de importância é a determinação de um plano adequado de combate à inflação, vendo as suas causas fundamentais sobretudo no endividamento externo do Brasil com juros enormes pagos ao estrangeiro, no valor calculado de U\$ 50 milhões por dia. No dia 15 de abril passado o Brasil fechou acordo final com os bancos credores, obrigou-se a pagar U\$ 141 bilhões até o ano 2000, e ainda se diz que o problema da dívida acabou. Nos próximos 7 anos o Brasil pagará pelos juros e amortizações da dívida externa uma média anual de U\$ 20 bilhões, isto é, entregará anualmente aos credores o equivalente a 300 milhões de salários mínimos ou cerca de 3 milhões de automóveis Uno (dados referentes ao ano de 1994).

Os planos financeiros deverão ser aprovados necessariamente pelo Congresso através de projetos de lei pensados e meditados. O país teve vários planos econômicos nos últimos anos

com sucessivas mudanças de moeda, impostos duramente ao povo por medidas provisórias e que foram no fundo um verdadeiro fracasso, exceto o último que foi o melhor planejado e de forma democrática, porém com a falha de permitir os preços pelo pico e os salários pela média dos últimos 4 meses.

Outra emenda importante seria a de definir com precisão o crime ecológico, a fim de amparar a paisagem típica brasileira e sua biodiversidade. Já foram destruídas 8% da Mata Atlântica, derrubados 400.000 quilômetros da floresta amazônica, ouvindo-se os arruidos das moto-serras assassinando árvores gigantes para as serrarias da Inglaterra e dos Estados Unidos. Foram jogadas 1200 toneladas de mercúrio nos rios brasileiros, provocando a sua morte. A biodiversidade é ameaçada e importa uma legislação penal típica sobre crime ecológico para a proteção do país.

VII- Crítica do neoliberalismo

O liberalismo sobretudo se desenvolveu no século XIX, que foi sobretudo um século de grandes reformas. O século seguinte foi chamado século coletivista e traduziu grandes revoluções sociais. Com a falência do liberalismo resurgiu ultimamente o sistema do neoliberalismo, em moda em alguns países do primeiro mundo e que também se repetiu nos países terceiro-mundistas, dos quais o México foi durante muito tempo a vitrine mais olhada e admirada.

O liberalismo do século XIX tinha a sua meta fundamental em criar riqueza e opulência com base na livre competição do mercado, enquanto que no século XX projetou-se com intensidade uma tendência igualitarista conducente a corrigir as imperfeições e desajustes do mercado e provocando o dirigismo governamental.

Como salienta Roberto Campos no livro de memórias *A lanterna na popa* (Rio de Janeiro, 1994, p. 21), "em sua forma moderada; o igualitarismo levou à social democracia, sob a forma do estado providência (welfarestate), que busca socializar o resultado da produção. Em sua forma extrema, produziu o comunismo, que socializa

os meios de produção e busca impor a idéia socialista de igualdade das pessoas, por métodos que geraram, a um tempo pobreza e violência". O liberalismo do século XIX gerou ao mesmo tempo pobreza e opulência.

Dai a necessidade de conciliar o liberalismo, com sua economia de mercado, que apenas gerou a opulência de elites, com a redistribuição da riqueza e a desconcentração da renda, provocando duas filosofias diferentes: o neoliberalismo e a democracia social.

O neoliberalismo teve o seu ponto culminante com a política econômica realizada nos Estados Unidos com o governo federal de Ronald Reagan, cuja receita foi sobretudo a seguinte: imposto baixo e moeda estável.

Durante o governo Reagan a alíquota do imposto de renda foi reduzida de 50% para 28% e a arrecadação subiu de 325 bilhões de dólares em 1983 para 496 bilhões em 1988. Quando o dito presidente assumiu a presidência em 1981 a inflação era bastante alta para a sua história, beirando em 14,5% ao ano, também com juros mais altos de sua vida, chegando a 21,5%, com as bolsas de valores em baixa e um desemprego em massa. O Presidente diminuiu o imposto de 52% para 18%, as bolsas subiram, novos empregos foram criados e a inflação caiu para 1% ao ano.

O economista norte-americano Arthur Laffer, ex-professor da Universidade de Chicago, formulou a celebre **curva de Laffer**, afirmando que o caminho mais adequado para um país atingir a prosperidade tem a seguinte receita: imposto baixo e moeda estável. Pode-se ainda acrescentar aquele pensamento de Kennedy, segundo a qual a melhor forma de se atingir o bem estar social é através do emprego bem remunerado.

Se o neoliberalismo conseguiu sucesso no governo Reagan, o mesmo resultado não operou na Inglaterra de Margareth Thatcher, com a sua economia de mercado, a onda de privatizações, que no entanto renderam 60 bilhões de dólares e o confronto das reivindicações

dos trabalhadores. A Inglaterra foi afundando lentamente e hoje já ocupa posição secundária no ranking das grandes potências financeiras, colocada depois da Itália.

É o seguinte o PIB das grandes potências econômicas em 1992, em dólares: 1º - EUA com 5 trilhões e 900 mil dólares; 2º - Japão com 3 trilhões e 700 bilhões; 3º - Alemanha com 1 trilhão e 900 bilhões; 4º - França com 1 trilhão e 400 bilhões; 5º - Itália com 1 trilhão e 200 bilhões; 6º Reino Unido com 1 trilhão; 7º - Espanha com 574 bilhões e 800 mil; 8º - China com 506 bilhões e 100 milhões; 9º - Canadá com 493 bilhões e 600 milhões; 10º - Brasil com 456 bilhões (em 1993); 11º - Rússia com 387 bilhões e 500 milhões; 12º - Austrália com 294 bilhões e 700 milhões.

Assim sendo a Inglaterra, como a primeira potência mundial de antigamente, ocupa agora um sexto modesto lugar entre as potências econômicas. Não logrou sucesso o neoliberalismo da Dama de Ferro, hoje desbanhada do poder.

Diversos países latino-americanos logo adotaram com sua tendência imitativa o modelo neoliberal, sendo o principal o México, como uma espécie de vitrine para os países latino-americanos. Logo porém começou a quebra deira da República, quando em 21 de dezembro de 1994 o peso mexicano sofreu uma desvalorização de 35% e a previsão do déficit da balança comercial se materializou em US\$ 28 bilhões em 1994.

O capital especulativo, aquele que entra e sai sem gerar desenvolvimento, fugiu do México, que foi obrigado a contratar empréstimos elevando a dívida externa do País a 164 bilhões de dólares, sem dúvida o patamar mais alto da dita República e de toda a América Latina. Tal dívida equivale a uma média de 1.842 dólares para cada mexicano, em um país cujo salário mínimo é de 90 dólares por mês. Assim sendo é mais de duas vezes em comparação com o Brasil, onde a dívida é de 800 dólares por cabeça.

Para salvar esta economia de ir para o brejo totalmente os

Estados Unidos fizeram um empréstimo, porém oneroso para o México, empréstimo no valor de US\$ 50 bilhões, uma montanha de dinheiro, porém com as garantias de que as divisas conseguidas com as exportações do petróleo mexicano fossem depositadas no Banco Central dos Estados Unidos, para a garantia do pagamento da dívida. Só os saldos disponíveis seriam utilizados pelo México. Ainda pretendem estabelecer cláusulas mais rigorosas de garantia, com base na reserva de petróleo existente no México, sem dúvida inaceitáveis pelo povo. Com este acordo feito sobre o empréstimo o México perdeu praticamente a sua condição de nação soberana.

O México buscou a sua estabilidade na âncora cambial, mas é um erro, pois a valorização artificial do peso só atraiu capital especulativo e instabilidade na economia. A âncora cambial é sem dúvida um grave erro.

Em consequência disso agravaram-se os problemas mexicanos, como o desemprego e os choques da questão social, o fechamento de fábricas e bancos, a exposição do setor produtivo à impetuosidade da competição estrangeira, a miséria crescente e a expansão da guerrilha de Chiapas para outras regiões do Estado mexicano.

Na Argentina também não deu certo o plano Cavallo, com a dolarização instituída, substituindo o meio circulante pelo dólar, mas sem poder emitir o dólar, e assim o cidadão pode remeter a sua massa de dólares para o estrangeiro e se isso acontecer todos os bens quebram. A âncora cambial por si só não conseguiu sustentar a estabilidade econômica, na tentativa de criar um artifício, qual seja a equiparação do dólar com o peso.

O canto de sereio do neoliberalismo está agora desafinado.

Os interesses dos países do Grupo 7, as grandes potências mundiais em matéria econômica, que reúne as 7 nações mais ricas do mundo, são sobretudo o de abocanhar as reservas petrolíferas e de minério do terceiro mundo. Nos grandes países do primeiro mundo as

reservas de petróleo estão se extinguindo, informando-se que os Estados Unidos só têm reservas para poucos anos e o terceiro-mundo detém 80% das reservas futuras de petróleo. A guerra do Golfo Pérsico foi no fundo uma luta pelo petróleo.

A própria luta da Rússia contra a Chechênia foi no fundo uma guerra de petróleo porque ela detém cerca de 30% das reservas de petróleo da extinta URSS. A República Argentina privatizou a sua estatal petrolífera, mas no fundo houve apenas uma mudança de monopólio, porque o monopólio deixou de ser estatal para ser de uma empresa privada.

VIII- O Estado brasileiro e o modelo neoliberal

A mídia eletrônica e impressa apoiou com intensidade a implantação de um modelo neoliberal proposto pelos últimos governos brasileiros, com seus planos e seu propósito de reforma constitucional. Tal modelo está dourado ainda com palavras festivas e insinuantes de modernidade e globalização, enfeitiçando a elite política dominante.

O modelo neoliberal se apresenta com características comuns no Brasil, México e Argentina; com pequenas variantes de intensidade, quais sejam: 1 - enxugamento do Estado; 2 - economia de mercado; 3 - extinção das estatais; 4 - quebra dos monopólios; 5 - privatização; 6 - carga tributária elevada; 7 - supressão dos direitos sociais.

Tudo também fica conectado com planos de estabilização monetária, o Brasil já teve vários e constantes tentativas de reforma constitucional.

Pretende-se que no Brasil o Estado é demaisiado grande e que a máquina deve ser enxugada. Na verdade isto não procede porque o que existe antes é o desperdício de despesas e não o tamanho do Estado. Basta fazer uma comparação: a participação do Estado no produto nacional é de 24% e a da Suécia é de 44%. Por consequência os recursos do Estado são modestos, porém desperdiçados em obras de fantasias e inúteis, como o caso das usinas nucleares em Angra dos

Reis; onde se gastaram milhõés de dólares., obtidos por empréstimo, em uma obra perfeitamente inútil e o maquinário obsoleto. Ao mesmo tempo poucas verbas são utilizadas para a educação e saúde, o país tendo um dos mais elevados índices de mortalidade infantil do mundo.

A segunda meta do neoliberalismo é a economia de mercado. Tal economia entretanto não desempenha todas as funções na sociedade. A respeito esclarece Celso Furtado: "O mercado é um instrumento maravilhoso, mas ele não desempenha todas as funções. Quando se trata de resolver conflitos numa sociedade heterogênia, a saída não pode ser pelo mercado. Tem que ter a mão de quem defende o interesse público, a solidariedade social. É importante que as duas formas de conceder a organização social caminhem juntas. O mercado baseia-se no heroísmo, na iniciativa, na astúcia, para dar dinamismo ao processo. Já o Estado busca a solidariedade, tem que proteger os fracos. Isto é que forma uma sociedade moderna". Deve-se buscar uma forma de convivência nos dois processos (vide entrevista de Celso Furtado intitulada **O último guerreiro**, Isto É, nº 1.326, 1º de março de 1995, p. 4-7).

Outro ponto predominante do modelo neoliberal é a extinção das estatais, como tem sido feita no Brasil, Argentina, México, ao que se agrava a quebra de monopólios, como sobretudo no País a tentativa de reforma constitucional para a extinção dos monopólios e dos ministérios nucleares.

A privatização das empresas estatais através da extinção das mesmas e de sua venda é outra característica do modelo neoliberal tendo em vista este enxugamento da máquina estatal.

Tais países também têm uma elevada carga tributária e toda a mudança no processo econômico visa de imediato a elevação dos tributos, que de resto tem o seu resultado utilizado em gastos frequentemente inúteis e sem proveito e retorno para o contribuinte.

O efeito mais dramático do dito modelo é ainda a supressão dos direitos sociais, como a estabilidade do servidor público, a aposentadoria por tempo de serviço, a licença maternidade, as férias remuneradas, menosprezando direitos puramente conseguidos no longo

dos anos. A extinção da estabilidade do servidor é um retrocesso do país para a época do Império, quando ocorria o fenômeno da **derrubada**, pois quando um partido subia ao poder exonerava de imediato o adversário do partido derrotado.

Assim sendo, deve haver uma síntese entre a economia de mercado e o dirigismo estatal. O modelo neoliberal não é útil aos países latino-americanos e daí uma nova tentativa formulada por alguns políticos e aconselhada pela razão de dar um conteúdo social ao regime brasileiro, em que a economia de mercado deve associar-se ao dirigismo estatal nos grandes empreendimentos nacionais, conciliando a iniciativa privada com o interesse público e a solidariedade.

IX- Compromisso do Estado com o ser humano

O compromisso do Estado é com o homem, o cidadão, o ser humano e não com o próprio Estado. Deve assim realizar-se na história um regime constitucional, concretizando o equilíbrio entre poder, ordem e liberdade, conducente à justiça social com os seus dois componentes, liberdade e igualdade, com uma conotação deontológica representando a principal base de valores.

Com isso se efetivará uma democracia política baseada numa democracia econômica, em um **Estado Social de Direito** como finalidade da civilização política.

A história é realmente a consciência progressiva da liberdade e da justiça social.

LUIZ PINTO FERREIRA: JURISTA E FILÓSOFO

JOSÉ CAVALCANTI NEVES

Um Aviso Imperial datado de 07/08/1843 criou o Instituto dos Advogados Brasileiros, com sede na capital do país, tendo como finalidade principal: "organizar a Ordem dos Advogados em proveito geral da ciência e da jurisprudência".

Visando a alcançar tal objetivo primordial, várias tentativas, todas frustradas, foram feitas pelo Instituto, tanto no Império como na chamada República Velha. Finalmente, a Ordem dos Advogados do Brasil foi constituída no inicio do Governo Provisório de Getúlio Vargas, através do artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, oitenta e oito anos depois da instalação do Instituto.

A demora na criação da Ordem dos Advogados não deve servir de pretextos para críticas contra o Instituto dos Advogados Brasileiros, por que como órgão cultural da classe, colaborando com os Poderes Legislativo e Executivo no aperfeiçoamento da ordem jurídica, suas atividades se refletiram nos acontecimentos mais importantes de nossa História, através da atuação de figuras do maior relevo na cultura jurídica do país. Basta lembrar que a presidência do órgão foi exercida, entre outros, por Francisco Gê Acaíaba Montezuma, Visconde de Jequitinhonha, Teixeira de Freitas, Perdigão Malheiros, Nabuco de Araujo, Rui Barbosa, Philadelfo de Azevedo, Levy Cameiro, em cuja gestão foi criada a OAB, Haroldo Valadão, Sobral Pinto e Miguel Scabá Fagundes.

Também ocuparam a presidência da entidade os pernambucanos Urbano Sabino Pessoa de Melo (1857/1861); Joaquim Saldanha Marinho (1873/1892) e Manoel Nascimento Machado

Portella (1893/1895), todos bachareis pela Academia de Direito de Olinda e o último, também, Catedrático da Faculdade de Direito do Recife.

A presidência de Saldanha Marinho, exercida durante 19 anos, a mais longa da história do Instituto, atravessou momentos de profundas transformações na ordem política, econômica e social do país. Passou exatamente pelo processo do declínio do Império, pela abolição da escravatura, chegando aos primeiros anos de governo republicano (cf. Instituto dos Advogados Brasileiros - 150 anos de história, p. 55, Editora Destaque - 1995).

Segundo Barbosa Lima Sobrinho "a página mais gloriosa da vida da Instituição é a sua presença constante na luta contra a escravidão, como seria, mais tarde, na defesa de todas as liberdades, como sentinelas indormidas em todos os momentos em que estivessem as liberdades públicas em perigo" (Revista do IAB - nº 81 - 1994 - p. 45).

A exemplo do que ocorreu na capital do país, também nas províncias ou nos estados foram organizados os Institutos dos Advogados locais.

Em livro sob o título "Instituto dos Advogados Brasileiros - 50 anos de existência", Sá Viana reporta-se a instalação de uma filial do Instituto em Recife no ano de 1851.

Mas João Pinheiro Lins sustenta, baseado em publicações do Diário de Pernambuco, que o Instituto dos Advogados de Pernambuco nasceu em 03 de agosto de 1889 por iniciativa do Dr. José Higino Duarte Pereira, professor da Faculdade de Direito do Recife, e, depois, Ministro do Supremo Tribunal Federal, destinando-se "ao estudo das questões jurídicas, fazendo publicar nos jornais mais lidos suas deliberações e pareceres enquanto não lhe for possível criar uma revista jurídica" (cf. o Instituto dos Advogados de Pernambuco e sua História - Revista do IAP - 1990).

Depois de um período de marasmo, o Instituto foi reorganizado, com a aprovação de novo Estatuto, em 19 de setembro de 1918, sob a presidência de José Vicente Meira de Vasconcelos, também professor da Faculdade de Direito do Recife, figurando, entre os seus sócios, eminentes juristas, valendo citar os nomes de Adolfo Cirne, Aníbal Freire, Mário Castro, Hercílio de Souza, Joaquim Amazonas, Thomas Lobo, Odilon Nestor e Nilo Câmara.

Novo período de inatividade até que, em 20 de maio de 1927, outro Estatuto foi aprovado, em reunião presidida pelo professor Joaquim Inácio de Almeida Amazonas, passando a entidade a atuar com a colaboração de vários expoentes da advocacia pernambucana, merecendo destaque Andrade Bezerra, Agamenon Magalhães, Barreto Campelo, Artur Marinho, Mario de Souza, José Joaquim de Almeida, Abgar Soriano, José de Brito Alves, Angelo de Souza e Nelson Carneiro Leão. No meado dos anos 30, essa colaboração cresceu de relevância com a participação de então jovens advogados, entre eles Torquato Castro, Murilo Guimarães, Antônio Chaves, Antônio Pimentel e Nehemias Gueiros.

Durante a década de 30, a grande atuação do Instituto está documentada na sua Revista Jurídica, onde encontramos excelentes trabalhos de advogados, merecendo especial registro a memorável conferência do mestre Antônio Vicente de Andrade Bezerra, sobre "A Função Social e Histórica da Ordem dos Advogados", proferida na sessão solene de instalação da Seccional Pernambucana da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no dia 11 de novembro de 1932, na Faculdade de Direito do Recife.

Em 1944, quando começamos a advogar, o Instituto já não funcionava regularmente, paralisando as suas atividades em 1954.

Miguel Seabra Fagundes, quando Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, relembrando sempre a fase áurea do nosso Instituto nos idos de 1928 a 1932, quando ele cursava a nossa Faculdade de Direito, nos fez um apelo, no sentido de, como presidente do Conselho Seccional da OAB, providenciar a reorganização do Instituto

em nosso Estado, encargo cumprido em 29 de janeiro de 1971, data em que o quarto Estatuto da entidade foi votado, incluindo entre as suas finalidades "o culto à Justiça, à Liberdade e a Democracia".

Passou a ocupar a presidência o professor Heraldo José de Almeida, herdeiro do pai, nosso respeitado e saudoso mestre José Joaquim de Almeida, da vocação para o ensino do Direito, da seriedade e dedicação no exercício das funções públicas.

Em seguida, ocuparam a presidência Joaquim Correia de Carvalho Júnior, Isaac Pereira da Silva, Silvio Neves Baptista, Urbano Vitalino de Melo Filho, José Henrique Wanderley Filho, Aurélio Agostinho da Boaviagem, João Pinheiro Lins, Nilton Wanderley de Siqueira e, novamente, João Pinheiro Lins, que hoje deixa a presidência, depois de uma gestão, tal como a do seu primeiro mandato, plena de realizações vinculadas às finalidades do órgão, inclusive restabelecendo a publicação de sua revista.

O presidente que hoje se empossa é o mestre Luiz Pinto Ferreira, que todos conhecemos pela sua brilhante atuação na vida cultural de Pernambuco, cabendo referir ao aluno laureado da turma de 1938 da Faculdade de Direito do Recife, que logo depois conquistou com distinção, na sua escola, a livre Docência de Teoria Geral do Estado e a Cátedra de Direito Constitucional, através de concursos que marcaram época na vida universitária de Pernambuco; ao Diretor da Faculdade, realizando um trabalho notável, inclusive criando o curso de mestrado, para cuja coordenação nomeou outro mestre do saber jurídico que é Lourival Vila Nova; ao professor que ampliou suas atividades didáticas a outras escolas, principalmente na Universidade Católica de Pernambuco, na Faculdade de Direito de Olinda e na Faculdade de Direito de Caruaru; ao intelectual que não se limitou a transmitir conhecimentos nas salas de aulas, mas que produziu importante e vasta contribuição para as letras jurídicas, com a publicação de mais de cento e cinquenta livros, no Brasil e no estrangeiro, vários deles com sucessivas reedições, abordando não somente temas de Direito Constitucional, matéria de sua especialidade, mas tratando de vários outros ramos do direito, público ou privado,

bem como de sociologia, filosofia, literatura e história, inclusive a "História da Faculdade de Direito do Recife".

Essa contribuição se exercitou, também, através de centenas de discursos, conferências, prefácios e artigos publicados em revistas especializadas.

Membro da Academia Pernambucana de Letras, da Academia Nacional de Direito, da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, além de diversas outras instituições nacionais e estrangeiras; detentor de dezenas de títulos e comendas conferidos por instituições culturais, inclusive do exterior; integrante de inúmeras bancas examinadoras para o preenchimento de catódras nos mais importantes estabelecimentos de ensino jurídico no país.

Participou da vida política de Pernambuco, presidindo durante 8 anos o Movimento Democrático Brasileiro, partido de oposição, em momento difícil para as instituições jurídicas, atuando com equilíbrio, mas sempre com energia e desassombro, na defesa do restabelecimento da legalidade democrática.

Eleito suplente de senador, exerceu o mandato durante oito meses de afastamento do titular, período suficiente para que pudesse proferir dezenas de discursos e emitir inúmeros pareceres, que deixaram assinalada a presença de um grande jurista no Congresso Nacional.

Membro do Conselho da Seção Pernambucana da Ordem dos Advogados do Brasil e integrante de sua representação junto ao Conselho Federal da entidade, emprestou o brilho da sua inteligência e cultura em prol das causas de interesse da classe dos advogados.

Minhas senhoras e meus senhores:

Consideramos do nosso dever, ao transmitir ao novo Presidente a saudação dos seus colegas do Instituto, abordar alguns aspectos da sua vida de intelectual. Evidentemente, tal abordagem teria

de ser cuidada de modo superficial, pois, repetindo o que dissemos ao saudar, recentemente, Barbosa Lima Sobrinho em sessão solene do Conselho Federal da OAB, é impossível, nos estreitos limites de um discurso de saudação, analisar, com detalhes, "uma vida tão plena de força criadora e tão fértil em realizações no âmbito da cultura".

Na verdade, seria dispensável qualquer palavra, perante advogados pernambucanos, para enaltecer a valiosa e inestimável contribuição do professor Pinto Ferreira para a cultura brasileira, notadamente para a ciência jurídica.

Queremos apenas acrescentar: numa época em que as especializações estanques estiolam os espíritos e fragmentam a visão cultural, Pinto Ferreira se afirma como uma mente marcada pela universalidade, o que quer dizer a unidade na diversidade. O seu interesse em todas as manifestações do ser humano, quer artísticas, científicas ou institucionais, confere-lhe o atributo de um verdadeiro humanista, tal como se fosse um homem do Renascimento. No momento em que ocorre uma verdadeira degradação dos valores culturais e sociais, Pinto Ferreira se alteia como mode-lo e como símbolo, como referência e inspiração na permanente luta pelo advento de uma sociedade justa, de uma democracia plena.

Tudo isso se reflete na sua conduta pessoal toda impregnada da lhança do trato, da capacidade de ouvir e dialogar, de aprender com entusiasmo e ensinar com humildade, de fidelidade aos princípios de resoluta honestidade intelectual e devotado cultivo do amor à palavra empenhada.

São traços que fazem dele um exemplo de convívio cheio de espiritualidade e de simpatia humana, mestre, companheiro e amigo de todos nós.

Manifestando nossos agradecimentos pela honra de fazer esta saudação, desejamos finalizar dizendo, apenas, que engrandecido, neste momento, está o Instituto dos Advogados de Pernambuco, por ter na sua presidência um intelectual da estirpe de Luiz Pinto Ferreira,

que na década de 50 já era incluído por João Mangabeira "no pequeno grupo de grandes constitucionalistas da América" e considerado por Tristão de Ataide como "o herdeiro direto do espírito da Escola do Recife e dos novos rumos que Tobias Barreto ia imprimir aos estudos jurídicos e sociais vaticinado logo confirmado para orgulho nosso, pelo reconhecimento, no Brasil e além de suas fronteiras, da sua condição de um autêntico jurista-filósofo.

Minhas senhoras e meus senhores:

Ouçamos, agora, o pronunciamento do Professor Luiz Pinto Ferreira que, na interpretação dos seus sentimentos e na defesa dos seus ideais, sempre fez da palavra um pincel para pintar as telas mais vivas e verazes no vasto campo da arte de escrever.

(Discurso proferido no dia 05/12/95, na sessão solene em que o professor Luiz Pinto Ferreira tomou posse na presidência do Instituto dos Advogados de Pernambuco).

BARBOSA LIMA SOBRINHO, DISCÍPULO DE RUI E APÓSTOLO DA CIDADANIA

JOSÉ CAVALCANTI NEVES

Sejam as nossas primeiras palavras de agradecimento ao Dr. Ernando Uchoa Lima, digníssimo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por nos ter conferido a suprema honra de orador oficial desta sessão solene, destinada a entregar ao Dr. Alexandre José Barbosa Lima Sobrinho o "PRÊMIO MEDALHA RUI BARBOSA", criado em 1970, para homenagear aqueles que prestaram "relevantes serviços à causa da Justiça, do Direito e à sua classe".

A escolha tanto mais comove e galardoa quando se trata de homenagear um dos nossos mais preclaros humanistas, eminente conterrâneo de quem, há mais de seis décadas, a nação inteira recebe o estímulo dos seus exemplos e colhe os frutos da sua denodada aplicação ao Direito.

Por isso aqui, duplamente honrado, porque na oportunidade de expressar nossos sentimentos pessoais, emprestamos voz aos colegas, que têm no douto homenageado o professor emérito de tantas gerações.

Quando o Conselho Federal da OAB havia proclamado, à unanimidade, em sessão de 20 de dezembro de 1948, Rui Barbosa "patrono dos advogados brasileiros", em sua imagem de amplissimos

contornos - sentinela e vigilante patrono dos direitos humanos - definiu, simbolicamente, a mensagem que a humanidade inteira procura decifrar, no tempo e no espaço, contemplando a perenidade do Direito e o exercício permanente da Justiça.

Campão do *habeas corpus*, defensor, durante toda a vida, dos valores fundamentais da cultura universal e das prerrogativas inerentes à cidadania, sempre advertido dos direitos das minorias, no âmbito nacional ou na grande família internacional, Rui Barbosa consigna o padrão do advogado brasileiro, superando conveniências e interesses pessoais e grupais, para consagrar vontade e inteligência ao mais nobre dos serviços: ajudar as forças de renovação e criação do Direito e defender as irrenunciáveis conquistas da Liberdade.

Cada povo, cada nação, cada classe e cada ofício, cada missionário e cada condutor ou mandatário, precisa do seu herói, não simbólico ou virtual, mas real, que sirva de guia e exemplo à realização da sua tarefa humana e à promoção de suas justas ambições.

Mas Rui, o nosso patrono, tem sido inspirador permanente e mais do que secular para a nação inteira, governantes e governados, advogados e jornalistas, humanistas e políticos.

Rui Barbosa, depois de proclamado paladino conspícuo das causas internacionais, na defesa do livre arbítrio dos cidadãos, da não interferência dos Estados na autonomia das Nações, tornou-se herói verídico, patrono de outros heróis anônimos e desconhecidos, que não tiveram oportunidade de dirigir-se ao proscênio da História.

Portanto, "a comenda máxima conferida pelo Conselho Federal às grandes personalidades da advocacia brasileira", como tal definida no art. 152 do novo estatuto da entidade, haveria de ter, inquestionavelmente, o nome do patrono da classe: Rui Barbosa.

Esse prêmio foi concedido, pela primeira vez, a Heráclito Fontoura de Sobral Pinto, em reunião do colégio de ex-presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a presidência de Laudo de Almeida Camargo.

Entregamos-lhe a medalha e o respectivo diploma no dia 05 de novembro de 1971, data do aniversário de Rui e Sobral, em sessão solene, que tivemos a honra de presidir, aqui realizada, neste auditório augusto da Associação Brasileira de Imprensa. Mais sete vezes esta distinção foi conferida: Dario de Almeida Magalhães, Nehemias Gueiros, Miguel Seabra Fagundes, José Cavalcanti Neves, José Ribeiro de Castro Filho, Augusto Sussekkind de Moraes Rego e Evandro Lins e Silva.

O nono agraciado é o homenageado de hoje, por decisão unânime do Conselho Federal da OAB, proferida em 13 de junho de 1994, em sessão presidida pelo eminentíssimo advogado José Roberto Batochio, ante proposta que tivemos a honra de formular.

Este preito exalta, mais do que a Barbosa Lima Sobrinho, a nós próprios, porque aqui a admiração se une ao orgulho, ditado pelo nosso amor próprio, antes e acima de tudo configurando um ato de justiça, pelo reconhecimento dos seus colegas ao prestante companheiro das lides jurídicas, sociais, econômicas e políticas.

Desde a segunda década deste século, Barbosa Lima Sobrinho tem marcado o seu humanismo não apenas no exercício da criação literária e do jornalismo, da administração e da política. Mais do que um escritor ou gestor atento, é a personificação daquele humanismo que exornou na nossa vida pública inúmeros juristas, políticos e jornalistas, com os quais contendeu ou a quem se aliou na discussão dos problemas brasileiros.

Impossível, num simples discurso de saudação, analisar, mesmo perfumatoriamente, sua obra de intelectual, com dezenas de livros publicados, abrangendo importantes temas nos campos do Direito, da Economia, da História, da Sociologia, da Literatura e da Filologia. Mas queremos fazer nossas as palavras de outro humanista pernambucano, o professor Potyguar Matos, em discurso de saudação no Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Pernambuco: "Trabalhos como os vossos: *Presença de Alberto Torres; Desde quando somos nacionalistas; Máquinas para*

transformar cruzeiros em dólares; Introdução ao problema da remessa de lucros; Japão - O capital se faz em casa; deveriam ser temários permanentes de discussões nas Universidades, guias para os jovens, armas na mão insubmissa do povo."

Cultor exímio da Ciência do Direito, o que dá realce a este preito dos advogados brasileiros, importa que se destaque a sua valiosa contribuição para as letras jurídicas. Trabalhos memoráveis sobre temas os mais variados, que denunciam conhecimento enciclopédico do Direito, marcam o seu *curriculum*, a exemplo de: *Regime dos bens dos súditos do eixo; A ilusão do Direito de Guerra; Questões de Direito Eleitoral; As Transformações da Compra e Venda; Sistemas Eleitorais e Partidos Políticos; A Nacionalidade da Pessoa Jurídica; A Auto-Determinação e a Não Intervenção; A Imunidade do Deputado Estadual; A Constitucionalidade do Imposto de Cessão.*

São teses resultantes de aprofundadas pesquisas, consubstanciadoras de posições juridicamente corretas.

Além dos livros, dezenas de prefácios e conferências, centenas de discursos, milhares de artigos jornalísticos, pareceres, petições iniciais, memoriais, tratando de variados assuntos, demonstram que a obra do escritor não foi passatempo, nem apenas arte, ofício, ciência ou virtude, mas, sobretudo, um serviço de rara tenacidade, marcado por indormida probidade intelectual, que prestou e continua prestando à inteligência e à cultura brasileiras.

Nas cátedras de Política Financeira e História Econômica da Faculdade de Ciências Econômicas Amaro Cavalcanti; como Deputado Federal por Pernambuco, de 1935 a 1937; como Presidente do Instituto do Açúcar e do Álcool de 1938 a 1945; novamente como Deputado Federal por Pernambuco à Constituinte de 1946; Governador de Pernambuco de 1948 a 1951; retornando, de 1959 a 1961, ao Congresso Nacional, guiou-se, sempre, pelo estilo da correção, o comportamento da lealdade, a servidão à Justiça, o culto da cátedra, das letras, do Direito, revelando um caráter inatacável e comportamento exemplar de cidadão, de homem integral.

Escritor consagrado, ingressou, em 1938, na Academia Brasileira de Letras, cuja presidência ocupou em 1953 e 1954.

Jornalista, desde os verdes anos, atuando sempre como autêntico advogado das grandes causas do povo brasileiro, mereceu a investidura na presidência da Associação Brasileira de Imprensa em 1926 e 1929. Voltando à direção do órgão máximo dos jornalistas, desde 1978, vem marcando sua gestão pela mesma linha de conduta retilínea que, em outros setores, serviram de rumo para a sua vida de cidadão e homem público.

Prolongaríamos muito este discurso se tivéssemos de relacionar as centenas de títulos e comendas outorgados ao nosso homenageado por instituições nacionais e estrangeiras. Permitimo-nos, porém, destacar duas que muito sensibilizam a nós advogados: Professor Honorário da Faculdade de Direito do Recife, onde colou grau em 1917, e portador da "Medalha Teixeira de Freitas", comenda destinada, pelo venerando Instituto dos Advogados Brasileiros, a premiar aqueles que se distinguem por suas atividades culturais no campo jurídico.

Pelo pouco que dissemos, já se pode concluir que o nosso homenageado não é, apenas, um humanista das letras, observador crítico e penetrante da economia e dos valores sociais, mas um homem plenário, na medida em que põe sua fé no gênero humano, ajudando a quantos lutam pelo arbitrio individual, pela igualdade social e pela solução pacífica de todos os conflitos, sem limitações temporais ou espaciais, uma só humanidade telúrica.

Nas diversas esferas da sua atuação como homem público manteve uma postura de autêntico nacionalista. Mas um nacionalismo que, como ele recentemente afirmou (JB de 12.03.95), sempre teve como brevíario o fecho da "Oração aos Moços", quando Rui Barbosa advertiu: "Não busquemos o caminho de volta à situação colonial. Guardemo-nos das proteções internacionais. Acautelemo-nos das invasões econômicas".

Se esse tem sido o breviário, não há negar que o seu nacionalismo sempre esteve irmanado aos ideais de justiça e liberdade que foram apanágio da vida e da obra de Rui Barbosa.

Dai porque o saudoso historiador José Honório Rodrigues, em síntese lapidar, afirmou: "Barbosa Lima Sobrinho tem uma vida dominada por princípios políticos e morais, por uma austeridade inabalável, por uma coerência, uma fidelidade; um destemor que não são comuns aos homens públicos brasileiros. Sua filosofia política não é facilmente definível pela complexidade de sua adesão a princípios convergentes, mas não formulados numa única posição político-partidária. Ele concilia bem seu nacionalismo econômico com a aspiração de reformas sociais que beneficiem o povo, com um liberalismo que garanta os direitos humanos, e com uma paixão desmedida pelo seu país" (JB - 23.01.1977).

Vale ressaltar que essa acentuada defesa da consciência e dos valores nacionais, sempre esteve irmanada à exaltação da consciência e dos valores regionais, inspirado no seu amor ao torrão natal. Lembre-se, a propósito, sua magnífica obra sobre a questão de Pernambuco e a Comarca de São Francisco, onde se aliam uma profunda pesquisa histórica, geográfica, sociológica e uma fundamentada definição dos direitos de Pernambuco.

Ao receber a Medalha Rui Barbosa, em dezembro de 1981, tivemos a honra de ser saudado por Barbosa Lima Sobrinho quando, no seu generoso discurso, afirmou que se nenhum serviço tivéssemos prestado, como advogado, à causa da Justiça e do Direito, bastaria um ato para justificar a concessão do prêmio: ter votado em 1971, no auge da repressão militar, como representante da OAB no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, contra o arquivamento do processo instaurado para apurar o desaparecimento do deputado Rubens Paiva.

Afirmamos, agora, que qualquer atividade de Barbosa Lima Sobrinho, nos diversos caminhos que percorreu na sua longa trajetória pela vida pública, mesmo considerada isoladamente, serviria de

suporte para a concessão da medalha.

Mas se nada tivesse feito, bastaria essa batalha que agora, na sua juventude de 98 anos, vem travando, com galhardia, na defesa do monopólio estatal do petróleo, da energia elétrica e das telecomunicações, para merecer o prêmio que os advogados brasileiros, com atraso, ora lhe conferem.

Dispensamo-nos de justificar, no momento, a nossa posição sobre tão relevante tema do maior interesse para o povo brasileiro, pois aderimos aos argumentos que o ilustre mestre vem expondo nos últimos meses, através dos seus magníficos artigos publicados aos domingos, em vários jornais do país.

Estamos, como ele, convencidos de que, no caso, se põe em jogo a soberania nacional. Guardamos sua lição de que o capital se faz em casa.

Desejamos ressaltar, apenas, que, pela sua grande importância, o assunto mereceu inclusão na Encíclica *Quadragesimo Ano*, de Pio XI, quando se referindo aos princípios cristãos proclamou: "Estes, com acerto, pretendem que certos gêneros de bens sejam reservados ao Estado, quando o poderio que trazem consigo é tal que, com razão, sem perigo do mesmo Estado, não podem deixar-se em mãos de particulares".

Nossa atitude, como a do ilustre homenageado, não pode ser atribuída a vinculações com qualquer agremiação partidária, senão a expressão de um sentimento patriótico.

Se pertencemos a algum partido é ao "Partido de Tiradentes e André Vidal de Negreiros", cuja existência Barbosa Lima Sobrinho explicou no capítulo final do seu livro *Presença de Alberto Torres*: o partido comprometido apenas com a soberania nacional e com a liberdade.

Respeitamos os que têm opiniões divergentes e acreditamos

na boa fé de seus propósitos. Mas preferimos os compromissos do Herói da Restauração Pernambucana e do Mártir da Inconfidência Mineira.

Não se queira, também, considerar o nosso ponto de vista sobre o assunto à influência de ideologias políticas, de direita ou de esquerda, pois o próprio Barbosa Lima nos ensinou, na sua pregação nacionalista, que: "O capitalismo internacional e o comunismo se uniram numa frente única contra o nacionalismo. O que vale dizer que ambos consideram que o nacionalismo do Terceiro Mundo é o inimigo que precisam combater" (cf. discurso de Potyguar Matos).

Também nosso posicionamento não deve ser interpretado como apoio a corporativismos e privilégios. Se há distorções em qualquer setor, que elas sejam corrigidas com a observância do ordenamento jurídico, com respeito aos direitos adquiridos e preservados os interesses nacionais.

O fundamental é que nada deve servir de pretexto para justificar a quebra do monopólio estatal em tais ramos da atividade econômica.

Falando em São Paulo, em 1970, na sessão solene de abertura da IV Conferência Nacional da OAB, representando os Presidentes das Seccionais de todo o Brasil, quando a ditadura militar enaltecia um efêmero "milagre econômico", afirmamos que, "não há legitimidade no desenvolvimento econômico que não esteja condicionada pelas linhas de um Estado Constitucional de Direito, este condicionado, por sua vez, pelo resguardo permanente dos direitos e garantias individuais. Não há justiça no desenvolvimento econômico, se se recusa o primado da lei e, na lei, a pureza da aplicação, a substância ética e a preocupação do equilíbrio e da tranquilidade social".

Acrecentamos, agora: não há legitimidade no desenvolvimento econômico, mesmo em pleno funcionamento de um estado democrático de direito, se forem adotadas medidas que possam acarretar perigos para a soberania nacional através da

espoliação das nossas riquezas.

Há quem queira enxergar contradições nos posicionamentos de Barbosa Lima Sobrinho, como também fizeram com Rui Barbosa.

Decerto, numa longa trajetória de vida pública, perseguem-nos as inevitáveis contradições, que marcam a dialética da existência. Não importa. Não nos cansamos de invocar a lição do nosso insigne patrono quando afirmou que "todas as coisas mudam sempre sobre uma base que não muda nunca".

Mudam os costumes e as instituições se transmudam. Muda, freqüentemente, a ordem constituída. O poder totalitário muitas vezes assoma, procurando ofuscar o brilho do Direito. Mudam os dirigentes, mudam as leis, muda até mesmo a organização pragmática da Justiça. Mudam os processos pelos quais as instituições sociais, políticas e econômicas estão sendo formadas para a grande maioria da humanidade.

Mas, dentro de nós e fora de nós, há coisas que não mudam: a vocação para o Direito, o sentimento de Justiça e o amor à Liberdade.

Na verdade, como já afiançamos em outra oportunidade, "o importante, o essencial, que a tudo sobreleva, é assegurar no impeto das transformações sociais a sobrevivência dos valores jurídicos fundamentais".

E a esses valores, Dr. Barbosa Lima Sobrinho, fostes fiel durante toda a vossa longa vida, sem admitir flexibilizações.

Por tudo isso, no vosso peito encontra profunda e íntima afinidade a medalha que ireis receber e que relembrá, com o próprio título, a figura imortal de Rui Barbosa, que, como já afirmastes, citando João Mangabeira, "tinha todas as fraquezas: as da bondade, as da condescendência, as do afeto, as do coração. Mas, em compensação, fortaleza ele as teve diversas: as do gênio, as do

heroísmo, as da abnegação, as da renúncia".

Finalizando, Dr. Barbosa Lima Sobrinho, queremos dizer que conhecemos as nossas limitações e sabemos que outras vozes mais eloquentes e autorizadas poderiam ter prestado melhor realce a esta solenidade. Estamos certos, no entanto, de que ninguém ocuparia esta tribuna com maior orgulho e emoção para vos transmitir esta saudação da Ordem dos Advogados do Brasil.

E a emoção ainda mais se acentua quando vos trazemos, também, a mensagem entusiasta e carinhosa dos advogados do nosso torrão pernambucano, que um dia Rui Barbosa chamou de "formoso viveiro de heróis e de glórias, terra de tantas tradições da resistência viril ao absolutismo, berço de tantos precursores da democracia republicana".

Desculpai-nos todos, inclusive o homenageado, se tão amplamente me delonguci, pretendendo resumir neste discurso, uma vida tão plena de força criadora, tão fértil em realizações no âmbito da cultura e tão corajosa na defesa das franquias humanas.

Não pode tamanho quadro de realizações caber na estreita moldura de uma saudação, tanto mais quanto a classe dos advogados e o homenageado se irmanam numa intransigente busca da verdade e na exaltação perene do Direito.

Poderíamos resumir tudo dizendo, apenas, que os advogados brasileiros estão homenageando, aqui e agora, um exemplar cidadão que vem honrando, na sua plenitude, o Direito, a Justiça, a Liberdade e a vocação nacionalista do povo brasileiro.

(Discurso proferido na Sessão Solene do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil realizada no dia 07 de agosto de 1995 no Auditório da Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro)

SAUDAÇÃO

EDMUNDO ANTÔNIO SIQUEIRA CAMPOS DE BARROS

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO - ADAJE - entidade que congrega os profissionais que se dedicam a prestar assistência jurídica judicial e extrajudicial, aos necessitados no âmbito da ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO, tem grande satisfação de prestar homenagem que se tributa, neste dia, ao Mestre LUIZ PINTO FERREIRA.

O Professor PINTO FERREIRA como toda a comunidade acadêmica sabe - é um dos mais lúcidos intelectuais contemporâneos, mercê de sua variada atividade cultural. Jurista, Sociólogo, Filósofo, Político, é um pensador profundo, porque adentra verticalmente na tessitura das ciências sociais e é um pensador largo, porque horizontaliza a percepção do conhecimento. Será o Professor PINTO FERREIRA mais culto ou mais erudito? Mais Jurista ou mais filósofo? Mais sociólogo ou mais Professor? Mais Ensaísta ou mais Historiador? Mais Humanista ou mais crítico das Ciências Políticas e Sociais? Torna-se difícil definir o homenageado, dado à polimorfia do seu pensamento, à versatilidade de sua inclinação científica. Seria melhor dizer que ele representa a síntese de todos esses perfis e matizes, ante a sua obra monumental nos diversos campos das disciplinas sociais e políticas desde que se bacharelou nos idos de 1938.

Ao lado de sua fecunda atividade de escritor, o Mestre PINTO FERREIRA foi preceptor de várias gerações que ficaram enriquecidas pela fonte inexaurível de conhecimentos que ofereceu ao longo da vida de magistério, um marcante colaborador na formação de intelectualidade. Não se pode falar em Direito, em formação jurídica, em ciência social, em ciência política e mesmo em atividade política sem aludir ao Mestre aqui presente, de consagrado reconhecimento

pátrio e internacional. Uma honra para Pernambuco, uma honra para o Brasil.

Esta renomada figura sempre norteada pelo direcionamento ético e jurídico de suas idéias - como grande constitucionalista que é - formulou recentemente um sólido parecer sobre a Defensoria Pública, sua criação e implantação em Pernambuco, o qual reconhece e conclui pela importância dessa instituição. Um parecer da lavra do Mestre PINTO FERREIRA, dado o seu alto nível técnico, torna a matéria definida, devendo ser um arquétipo para inspirar a concretização da Defensoria Pública em Pernambuco que é mais do que iminente, porque é urgente e é urgente porque é exigida no interesse da Justiça e da própria Democracia.

Com estas palavras, a ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO promove de forma entusiástica a essa merecidíssima homenagem ao Mestre PINTO FERREIRA, aqui também tributada pela nobre entidade representativa da classe dos advogados, que é a Ordem dos Advogados do Brasil, através da Seccional de Pernambuco, deixando registrada a satisfação pelo privilégio de poder contar com o valioso apoio do ilustre Professor quando redigiu substancioso parecer acerca da DEFENSORIA PÚBLICA, cuja implantação constitui o objetivo maior de nossa Entidade.

em homenagem

Saudação ao Prof. Luiz Pinto Ferreira
pelo Dr. Edmundo Antônio Siqueira Campos de
Barros, Presidente da Associação dos Advogados da
Assistência Judiciária - ADAJE, no dia 31 de janeiro
de 1996, no salão nobre da Ordem dos Advogados
de Pernambuco.

SEÇÃO III NOTÍCIAS

NOVO CURSO DE DIREITO

O Presidente da República assinou no dia 04 de janeiro deste ano o decreto que autorizou o funcionamento do **CURSO DE DIREITO** da Faculdade de Ciências Humanas, pertencente a SOCIEDADE PERNAMBUCANA DE CULTURA E ENSINO, uma realização do Prof. Pinto Ferreira. Quando da distribuição e circulação desta revista o **Curso** deverá estar em pleno funcionamento, vez que o vestibular está programado para ser realizado nos primeiros dias do mês de março.

Pernambuco, é, um dos Estados da Federação o que possui o menor número de escolas direcionadas aos cursos jurídicos.

Louve-se o esforço e a dedicação do Prof. Pinto Ferreira, que além de empenhar o seu nome e de prover as primeiras necessidades materiais para a instalação do novo órgão de ensino, doou uma biblioteca especializada com 15.000 (quinze mil volumes).

TRANSMISSÃO DE CARGO

A assembléia Geral Extraordinária para a Transmissão do Cargo ao Presidente Profº Dr. Luis Pinto Ferreira, bem como aos demais componentes da Diretoria, recém eleita, realizou-se no auditório da O.A.B no dia 05 de dezembro p.p., na presença de prestigiosa assistência. O Presidente Profº João Pinheiro Lins, convidou para compor a mesa as seguintes autoridades: o Prof. Pinto Ferreira, o Prof. Aluisio Xavier, Presidente da O.A.B. PE., Dr. José Cavalcanti Neves, Presidente de Honra do I.A.P., também representando os Drs. Hernando Uchôa, presidente do Conselho Federal da O.A.B. e o Prof. Calheiros Bonfim, presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, o Des. Luiz Belém de Alencar, presidente do Tribunal de Justiça do Estado, o Dr. Dorani Sampaio, Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura e representante do Dr. Jarbas Vasconcelos, Prefeito da Cidade do Recife, o Dr. Isidoro Souto, o Dr. Luiz Magalhães Melo, presidente da Academia Pernambucana de Letras, o Dr. Joacil Brito, presidente da Academia Paraibana de Letras. Saudou o presidente

empossado o Dr. José Cavalcanti Neves.

A REVISTA DO INSTITUTO

Após a trasmisão do cargo o Prof. Pinto Ferreira convidou o Prof. João Pinheiro Lins para encarregar-se do lançamento do número II, do ano de 1995, da Revista do Instituto, que foi realizado no gabinete do presidente da O.A.B

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia 1º de fevereiro passado tomou posse a mesa diretora do Poder Judiciário, desta vez representada pelos três segmentos que compõem aquela Corte. O Presidente Waldemir Lins oriundo do Ministério Público, o Des. Arthur Pio, na vaga do quinto destinada aos advogados e o Des. Itamar Pereira oriundo da Magistratura. Foram pronunciados vários discursos, ouvidos com atenção pelo público, composto sobretudo de magistrados e advogados; além das autoridades presentes. Em seguida os empossados foram cumprimentados no salão nobre do Tribunal de Justiça.

MEDALHA DE MÉRITO

No último dia 14 de julho - data histórica - comemorou-se a instalação do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco quando também foi realizada a sua primeira solenidade cultural, com a outorga das **Medalhas de Mérito** à destacados juristas pátios, jurisconsulte, advogados, magistrados. Entre os agraciados destacava-se o Vice Presidente da República o Dr. Marco Antonio Maciel, o Des. Benildes Ribeiro, o Dr. José Cavalcanti Neves, os Profs. Paulo Benevides, Paulo Neto Lobo, Aluísio José de Vasconcelos Xavier de Melo Filho, Darley de Lima Ferreira e João Pinheiro Lins, os dois últimos, respectivamente, Tesoureiro e Secretário Geral do Instituto dos Advogados de Pernambuco.

CLUBE DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

A Dra. Nair de Andrade, a primeira mulher a ser eleita para a Diretoria da Seccional pernambucana da O.A.B., dinâmica presidente do CLUBE DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO, inaugurou no dia 05 de dezembro último a sede própria do CLUBE, sito no 10º andar do Edifício Antônio Barbosa, na Av. Dantas Barreto, 507 nesta Cidade. À solenidade compareceu grande número de advogados, ressaltando-se a presença do Dr. Hernando Uchôa, presidente do Conselho Federal da O.A.B., o Profº João Pinheiro Lins, ainda na presidência do Instituto dos Advogados de Pernambuco, o Profº Aluísio de Melo Xavier, presidente da Seccional Pernambucana da O.A.B., os advogados Paulo e Sylvio Rangel Moreira, membros da Diretoria do Clube e outras pessoas gradas. É-nos grato resaltar a dinâmica atuação e a alegria da Dra. Nair Andrade, desejando exito na sua gestão.

HOMENAGEM

No dia 31 de janeiro p.p a ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DA ASISTÊNCIA JUDICIÁRIA - ADAJE - prestou significativa homenagem ao nosso presidente, o conceituado constitucionalista Prof. Dr. Luis Pinto Ferreira, numa sessão solene no auditório da Ordem dos Advogados do Brasil, seccão de Pernambuco, com a presença de altas autoridades do mundo jurídico e político do Estado. Na mesa, que presidiu os trabalhos, o Dr. Aluísio de Melo Xavier, presidente da nossa Seccional da O.A.B., o Dr. Pedro Eurico, presidente do Poder Legislativo do Estado, o Desembargador Waldemir Lins, do Poder Judiciário do Estado, o Dr. Genaldo Lemos de Couto, presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos, a Dra. Lourdes Maria Celso do Vale, sub-procuradora na chefia da Defensoria Pública da União, o Dr. Edmundo Antônio Siqueira Campos de Barros, Presidente da ADAJE, o Dr. Roberto Moraes, procurador geral da Assistência Judiciária do Estado, o Dr. Jóri Valença, representante do Dr. Jarbas Vasconcelos, prefeito da Cidade do Recife, o Dr. Luis Dálio da Silva, presidente do Sindicato dos Advogados de Pernambuco. Entre os presentes destacavam-se

Conselheiros da O.A.B., ex-presidentes da Casa, o Dr. Fernando de Vasconcelos Coelho, secretário do Governo, a Dra. Nair Andrade, Presidente do Clube dos Advogados de Pernambuco, membros do Instituto dos Advogados de Pernambuco, advogados e estudantes de direito.

Saudou o homenageado o Dr. Edmundo Antônio Barros e o Dr. Genaldo Lemos do Couto, em vibrante e eloquente pronunciamento. Ainda fizeram uso da palavra, associado-se à homenagem, o Dr. Pedro Eurico e o Dr. Roberto Moraes.

Na ocasião as Dras. Célia Alves Monteiro e Elda Benvindo Caldas Defensoras Públicas fizeram entrega ao homenageado de artística placa comemorativa do evento

O Parecer de autoria do ilustre constitucionalista foi distribuído entre os presentes, pondo fim a quaisquer especulações e trazendo a certeza do Direito à opção pela carreira para aqueles que na data da instalação dos trabalhos da Constituinte estavam no exercício da função de defensor público.

Resta somente esperar a boa vontade e a sensibilidade do Poder Executivo, enviando ao Legislativo o necessário projeto para a criação do Órgão.

A ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO ESTADO

Após vitoriosa campanha eleitoral, quando conseguiu o sufrágio de 80% dos eleitores, tomou posse no dia 18 de setembro último a Diretoria da Associação dos Advogados da Assistência Judiciária do Estado - ADAJE - Capitaneada pelo advogado o Dr. Edmundo Antonio de Siqueira Campos Barros. A solenidade foi presidida pelo Prof. Aluisio José de Vasconcelos Xavier, Presidente da Seccional da O.A.B. PE. que convidou para compor a mesa o Prof. Pinto Ferreira calorosamente ovacionado, o Des. Waldemir Lins, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado o Dr. Roberto Franca,

Secretário da Justiça do Estado, o Dr. José Tavares, Procurador Geral da Justiça, o Dr. Dorany Sampaio Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura da Cidade do Recife e representando o Prefeito o Dr. Jarbas Vasconcelos e o Dr. José Rodrigues, Procurador Federal, que pronunciou eloquente saudação aos empossados, destacando a figura de líder do Dr. Edmundo, de quem foi companheiro de bancas escolares.

JOSÉ PAULO CAVALCANTI

Faleceu nos primeiros dias do mês de setembro o jurista, nosso associado o Dr. José Paulo Cavalcanti de quem Orlando Gomes dizia: "Zé Paulo é um dos maiores civilistas brasileiros tão bom como os maiores italianos". Palavras, simples palavras, não traduzem o nosso sentimento de pesar. O nosso silêncio agora é a homenagem que prestamos ao querido amigo desaparecido.

JORNADA CIVILISTA

O Instituto dos Advogados de Pernambuco em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Pernambuco fará realizar na primeira quinzena do próximo mês de Novembro a Jornada Civilista José Paulo Cavalcanti no auditório da nossa seccional sob a presidência do jovem civilista Prof. Silvio Neves Batista.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

a) MANDADO DE SEGURANÇA

PINTO FERREIRA

É um caso incomum o do estudante Thelio Queiroz Farias, que muito jovem escreveu o seu oportuno trabalho intitulado **Comentários à Legislação do Mandado de Segurança**. Este acontecimento é raro de se mencionar no País, pois poucas vezes estudantes de direito publicam obra durante a sua trajetória escolar. Gostaria de mencionar apenas dois casos. Um é o de Pontes de Miranda que ainda acadêmico na Faculdade de Direito do Recife

escreveu um livro intitulado **À Margem do Direito**, onde já retrata o seu extraordinário saber precursor de sua futura e luminosa vida de jurisconsulto. Outro ainda é Helvécio Lopes Xavier, que também acadêmico de direito publicou um brilhante livro sobre **Divórcio**.

Agora este acontecimento cabe ser registrado com referência ao trabalho intitulado **Comentários à Legislação do Mandado de Segurança** elaborado por Thélio Queiroz Farias, em um livro com 110 páginas, abrangente da doutrina, da jurisprudência dominante incluindo as súmulas concernentes à matéria, toda a legislação existente, além da proposta de projeto de nova lei ajustada ao Código de Processo Civil e a Constituição de 1988, e bem assim uma parte prática com fórmulas sobre os principais modelos de impetração da medida. Terminando por uma rica bibliografia concernente à matéria, inclusive numerosas revistas.

A Paraíba presta assim mais um contribuição à Ciência do Direito mediante este trabalho, como também valiosa já foi tal relevo por alguns outros paraibanos que enriqueceram a Faculdade de Direito do Recife com o seu ensino e o seu professorado.

Gostaria de relembrar Adolfo Cirne que se consagrou professor catedrático da escola com uma obra magistral intitulada **Das Ações Sumárias**, tese de concurso da Faculdade de Direito, da qual foi diretor e ainda homenageado com uma praça que tem o seu nome. Consta do mesmo que sendo diretor da Casa, ameaçada de invasão por causa de lutas políticas estudantis, colocou-se à frente do seu vestibulo, e erguendo os braços, proclamou: "Aqui só se entra com o meu cadáver". Outros professores eminentes também da Paraíba foram Odilon Nestor, meu professor de Direito Internacional Público, de quem guardo uma lembrança carinhosa, substituído depois com a sua morte por outro paraibano ilustre, Mario Pessoa, recentemente falecido e sem falar de um dos maiores mestres do Direito no Brasil, Epitácio Pessoa, luminar do direito, e grande chefe da política nacional, alcançando a culminância de Presidente da República.

Thélio Queiroz Farias descende de uma linhagem de advogados militantes, desde o patriarca Leidson Farias, advogado de projeção em nossos meios forenses e seu irmão Taney Queiroz Farias, que também se aventurou de modo brilhante e precoce como escritor de trabalhos fecundos de direito.

A obra de Thélio Queiroz Farias significa também a Faculdade de Direito de Campina Grande, tendo escrito o dito estudo quando ainda cursava o 8º período do Curso de Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito de Campina Grande da Universidade Federal da Paraíba, entre seus mestres se destacando o prof. José Tavares, autor de diversas obras importantes e exponenciais do direito e que sempre me festeja carinhosamente quando vou à Campina Grande.

O livro do jovem estudante é um comentário valioso, artigo por artigo, da lei disciplinadora do mandado de segurança. O comentário é sintético, mas diz tudo o que interessa saber, mostrando assim a um tempo só a sua capacitação intelectual e o seu poder de síntese na apreciação da matéria. Merece assim uma melhor divulgação nos meios editoriais do País.

O remédio processual do mandado de segurança é uma garantia de extrema importância no direito processual, ao lado do tradicional **habeas corpus**. A Constituição brasileira de 1934 acolheu pela primeira vez este remédio processual, através de nome que foi imaginado, por João Mangabeira, e que se popularizou. A Constituição brasileira de 1988 ampliou a sua perspectiva e também criou o mandado de segurança coletivo.

Atualmente se configuram os seguintes tipos de mandado de segurança em sua globalidade. O mandado de segurança individual tradicionalmente existente; o mandado de segurança impetrado por uma pluralidade de pessoas jurídicas conectadas pelo litisconsórcio, cabendo mencionar que a admissibilidade do mandado de segurança litisconsorcial nunca foi duvidosa, e assim não seria oportuno inclui-la de forma expressa na Constituição;

afinal o mandado de segurança coletivo que se distingue do mandado de segurança litisconsorcial.

O mandado de segurança coletivo é na verdade um direito difuso dos membros de uma associação ou sindicato, encontrando a sua defesa com tal remédio e não se referindo a direitos particulares de certos membros do grupo, pois é remédio processual com a finalidade de proteção de direitos de toda a coletividade, que fica assim representada. Tal remédio suscitada entretanto dificuldades para saber a extensão da coisa julgada, pois autores de renome consideram não auto-executável a norma em apreço, a ser completada por regulação do texto constitucional evitando dúvidas.

O mandado de segurança não se admite contra lei em tese, porém ele é possível de impetração quando se trata de lei de efeitos concretos, como bem salientam José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* e também Ivo Dantas Cavalcanti em sua brilhante dissertação intitulada *O Valor da Constituição*, publicado ultimamente e com que se consagrou professor de direito constitucional da Faculdade de Direito do Recife, em concurso com provas excepcionais.

O livro de Thélio Queiroz Farias deve ser saudado com respeito e alegria, respeito às tradicionais glórias intelectuais da terra paraibana, alegria por ver surgir um jovem cheio de esperança para a ciência jurídica do País. O estilo do autor é conciso, pleno de comunicação e escorreito. O saber se exterioriza nas páginas vivas de sua exposição. A obra se desenvolve com clareza e claridade, assim revelando o talento do seu jovem autor.

b) UM JOVEM JURISTA CEARENSE

PINTO FERREIRA

Causa admiração o trabalho cultural desenvolvido por André Dias Fernandes no campo do direito pelo saber e erudição

revelados em algumas de suas publicações. É o mesmo acadêmico de direito da Universidade Federal do Ceará, e ainda como acadêmico, com apenas 19 anos, publica diversos trabalhos sobre temas de direito, em um desabrochar de talento que merece atenção.

O Ceará é um mundo cultural onde tem florescido inteligências vigorosas, tanto no direito com Clovis Beviláqua, Djacir Menezes, Paulo Bonavides, Alcântara Nogueira, como também tem engrandecido a literatura nacional através da prosa alencarina. São figuras que moldaram o quadro cultural de um Estado nordestino, tão rico em suas realizações.

O trabalho ora focalizado de André Dias Fernandes se intitula *Controle da constitucionalidade e supremacia constitucional: uma nova visão*, onde discute em linguagem comunicativa como também erudita temas importantes da teoria da Constituição. Examina especialmente o problema da supremacia da Constituição, em um ordenamento jurídico e hierárquico, salientando que a rigidez constitucional significa a imutabilidade da Constituição mediante os processos legislativos ordinários de elaboração das leis. Além disso há um núcleo intangível da Constituição com as suas cláusulas pétreas representativas do espírito da Constituição. Assim o direito constitui uma ordem normativo-coativa da conduta humana, em que o fundamento é representado pela Constituição, como um valor supremo, entendendo-se como valor o ideal de uma forma desejável de vida por parte da comunidade, e garantido pelos meios da instrumentalidade do direito. O trabalho de André Dias Fernandes estuda o problema das Constituições rígidas e flexíveis, apreciando o problema do poder constituinte e também a questão sempre relembrada da inconstitucionalidade das leis.

A rigidez da Constituição visa sobretudo proporcionar uma supremacia formal da Constituição, como mecanismo de reforço da supremacia material. Verdade seja que frequentemente inúmeros países de Constituições rígidas, especialmente as nações terceiro-mundistas, não conseguem grau de perenidade ou de

permanência como seria de se esperar. Daí a frequente destruição de textos constitucionais por complôs palacianos e golpes de Estado, que tornam tal rigidez uma pura ilusão constitucional.

A história mostra a existência das chamadas constituições flexíveis, das quais o modelo é o da Inglaterra, que tem uma rara continuidade e permanência histórica. Por isso é que se diz: o primeiro artigo da Constituição inglesa é o povo inglês.

O respeito à Constituição não depende tão somente de controles formais ou de mecanismos clencados na Constituição. Ele depende sobretudo do grau de cidadania. Só existe respeito à Constituição permanente e duradoura com a consciência da cidadania. O cidadão não é só o cidadão de papel protegido formalmente por textos ilusórios, porém sobretudo o cidadão real que tem educação, saúde e emprego. Nos países terceiro-mundistas existe uma consciência alienada do eleitor, iludido pela mídia eletrônica e impressa. É a consciência alienada (*Entässerung*) a que se refere Hegel em sua *Fenomenologia do Espírito*. Joaquim Nabuco disse de uma vez: o povo tem um prazo cruel em escolher o que há de pior.

No século passado Marx se referiu às ilusões constitucionais, o formal inexistente no substancial. Disse ele no folheto *A Comunica de Paris*, "que se pode ordenar tudo o que se quiser no papel, sem que para tanto isso seja aplicado".

Mais tarde o eminentíssimo jurista-filósofo Hart no livro *O conceito de direito* bem disse: "as leis são feitas pelos governantes para serem obedecidas pelos governantes e governados, mas como são feitas pelos governantes quase são exigidas apenas dos governados".

O jovem estudioso cearense ainda estuda diversos problemas da teoria da Constituição com mestria. Outras publicações de relevo já foram feitas com a mesma desenvoltura de pensamento. Revela saber e erudição, porém tem ainda um poder comunicativo bastante visível que permite a leitura de seus trabalhos com encanto e simpatia.

HABEAS CORPUS

Os jovens magistrados, principalmente os da Justiça do Trabalho, deveriam saber que:

"**Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíproco. Parag. Único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da Justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.**"

"**§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância**" (art. 6º Capítulo II e 31, capítulo VIII DOS DIREITOS DO ADVOGADO - DA ÉTICA DO ADVOGADO Lei 8.906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)

E MAIS

O Código de Ética estatui na Seção III, o preceito também encontrado no § 2º art. 31 da Lei 8906.

"**II Nenhum receio de desagravar a juiz, ou de incorrer em impopularidade, deterá o advogado no cumprimento dos seus deveres**"

Pois BEM, determinados Juizes da Justiça do Trabalho tem-se realizado dando ordem de prisão a advogados, no exercício de sua profissão naquela Corte de Justiça. Tais atitudes não afrontam simplesmente a classe dos advogados, mas, simplesmente diz mal da própria Justiça e da capacidade dos seus juizes.

O espírito policial e arbitrário daqueles magistrados ensejou a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Pernambuco a impetrar um habeas corpus cuja petição estamos publicando nesta edição.

O ADVOGADO ARTHUR MARINHO, UM AMIGO LEAL

JOÃO PINHEIRO LINS*

O Tribunal Regional Federal da 5ª. Região denominou de ARTHUR MARINHO as Novas instalações onde funcionará a 1ª. Instância daquela Justiça em Pernambuco, assim como denominou de Ministro Djaci Falcão o seu edifício sede, no Cais do Apolo.

A Secção judiciária da 5ª. Região, com sede no Recife, quando instalada na rua da Moeda, foi denominada de Des. José Neves Filho.

Não há de se falar em superposição de nomes, o Edifício sede, no Cais do Apolo, foi denominado de Ministro Djaci Falcão, o edifício sede, recém inaugurado, onde funcionará a 1ª. instância da Justiça Federal, na Av. Recife recebeu o nome de ARTHUR MARINHO e a secção Judiciária da 5ª. Região denomina-se de Des. José Neves Filho desde a sua implantação no Recife, sede da Região.

Desejando tornar pública a minha adesão à homenagem ao saudoso Arthur Marinho, sem que isso implique em divergência-muito pelo contrário-aos fundamentos que justificaram a decisão do Egrégio T.R.F. da 5ª. Região, reporto-me à Revolução de 1930, para relembrar verdade histórica, que tenho a veleidade de agora registrar enfatizando uma atividade viril, corajosa e acima de tudo humana do homenageado, esse paraibano recifencizado, onde a lealdade aos seus amigos, não foi chamuscada com a euforia da vitória nem com a vaidade do alto cargo em que foi investido e só acessível aos ditos "auténticos" revolucionários, "os deuses poderosos" da época...

Naquele ano da Revolução de 30, para que não vaguear depois das aulas no Ginásio do Recife, vivia eu, ainda menino, às tardes,

no escritório do meu pai José Pinheiro Lins, que ocupava uma das salas de prédio da Rua do Imperador, também ocupado pelos advogados Dr. Arthur Tavares de Moura, Dr. Geminiano Jurema Filho (pai dos jornalistas e ex-senadores Aderbal e Abelardo Jurema e do conceituado médico Aguinaldo de Araújo Jurema), além do contador o Sr. Vicente de Paula Medeiros Dourado.

Dado o prestígio daqueles advogados, outros colegas de renome sempre apareciam para tratar de negócios, politicar ou apenas cavaquear. Entre eles, eram mais assíduos o "permanente" revolucionário Dr. Silvio Cravo, o Dr. Cardoso Ayres, o Dr. Orlando de Aguiar, o português Dr. Antônio de Souza e um rapaz, mulatinho, simpático, risonho, que me dava atenção especial e que era considerado por todos como possuidor de uma cultura e inteligência privilegiadas, o Dr. Arthur de Souza Marinho, que tempos depois, viria a inscrever-se para disputar a cátedra de direito constitucional da nossa Faculdade de Direito do Recife, tendo como concorrente o Dr. Agamenon Magalhães, já convidado para ocupar um dos ministérios do governo do Dr. Getúlio Vargas. Dizia-se na época que o Dr. Agamenon, avisara ou mandara avisar ao Dr. Marinho; "Desista porque ministro não perde concurso".

Quando as forças revolucionárias da Paraíba chegaram ao Recife, procederam tenaz perseguição aos que eram contrários à política de João Pessoa. Incendiaram o palacete dos Pessoas de Queiroz, na Avenida Manoel Borba - que ocupava o quarteirão entre as ruas, atualmente denominadas Gonçalves Maia e Dom Bosco - e da lá partiram para a residência do Dr. Bartolomeu Anacleto - esquina da Rua Gonçalves Maia e Conde da Boa Vista - e principalmente, com maior gana para a casa do Dr. Jurema - ele seria candidato a vice presidência da Paraíba na sucessão de João Pessoa - que morava na Conde da Boa Vista, bem perto do palacete dos primos de João Pessoa e da residência de Dr. Anacleto.

Na casa do Dr. Jurema também se portaram como vândalos, quebraram móveis, rasgaram livros, inutilizaram roupas e tudo o que encontraram na casa. Procuravam Dr. Jurema para "justiça-lo" porque imaginavam que ele teria alguma responsabilidade com o assassinato

de João Pessoa, pelo comprometimento com o comportamento do Dr. João Dantas. Contava-se que o Dr. Jurema ficara escondido entre o forro da casa e o telhado. Sei que depois, ele ficou "homiziado" "em nossa casa na Estrada no Encanamento, no Parnamirim, onde também tivera acolhida a família do nosso amigo, médico, compadre do meu pai, o Dr. Olímpio de Menezes, na época, Deputado Estadual governista.

"Nós" éramos perrepistas, "carcomidos" contrários aos aliados.

Vitória da revolução, empossado o interventor Dr. Carlos de Lima Cavalcanti, o Dr. Arthur de Souza Marinho, foi escolhido para seu secretário de Justiça.

Alguns dias depois da revolução vitoriosa, o Dr. Jurema ainda era procurado, quando o Dr. Marinho avisou ao meu pai e aos outros amigos que a polícia tivera informações que o Dr. Jurema estaria escondido no Parnamirim e que seria necessário transportá-lo para outro "esconderijo". Passaram os meus pais a viver sobressaltados, principalmente à noite quando ouviam qualquer ruído de motor de automóvel, o que em condições normais não era comum.

Amigo do grupo era o intelectual, o sociólogo, Frei Matias Teves, franciscano do convento de Olinda, que resolveu acolher o Dr. Jurema. Certa madrugada, o Sr. Dourado, dono de automóvel com o meu pai, conduziu o Dr. Jurema ao convento e depois da senha combinada a porta foi aberta nada se vendo, dada a escuridão, mas ouviram uma recomendação nada acolhedora: "Aqui ninguém teme a morte".

A perseguição continuava quando o grupo resolveu embarcar o Dr. Jurema para a Europa. Meu pai foi indicado para conseguir um passaporte legítimo e para isso usou de uma estratégia. Sendo amigo do vice cônsul espanhol Sr. Manoel Perez, que era comerciante na Jaqueira, pagou a um espanhol para acompanhá-lo até o consulado a fim de conseguir o necessário passaporte. As autoridades brasileiras não eram "cheiradas nem ouvida's na expedição de tal

documento que competia às autoridades consulares dos seus nacionais porque só seria exibido no destino, no desembarque. Nenhuma dificuldade, seja porque o passaporte estava sendo expedido para um espanhol voltando à pátria, seja porque o requerente estava sendo apresentado por um amigo, que simplesmente solicitara urgência para as providências consulares. Comprada a passagem de navio para Vigo, na Espanha, dias depois meu pai voltou ao consulado para informar que o rude espanhol havia perdido ou inutilizado o passaporte, tendo o consul resolvido rapidamente: "Me dé outro retrato que expedirei imediatamente uma segunda via".

Um retrato foi entregue, apenas a fotografia não era mais a do espanhol e sim uma do Dr. Jurema.

Todos os amigos estavam envolvidos, cada um com uma tarefa específica.

Na véspera do embarque, o Dr. Jurema foi removido do convento para o sítio onde morava o Dr. Arthur de Moura, na Estrada do Arraial, onde hoje é o Hospital Agamenon Magalhães. O transporte ficara sob a responsabilidade do Sr. Vicente Dourado, não só porque era o único a possuir automóvel, como também porque tinha transito livre, era conhecido revolucionário e amigo do interventor o Dr. Carlos de Lima.

Depois de alguma confusão da mensagem telefônica do Sr. Dourado que estava no cais, D. Helena Moura, esposa do Dr. Arthur Moura, autorizou a saída do Dr. Jurema acompanhado do meu pai.

Ao chegar ao cais, avistaram o General José Pessoa, que acabara de desembarcar, acompanhado de tudo o que era paraibano, os "inimigos" políticos do Dr. Jurema. Numa manobra rápida o automóvel deixou o Dr. Jurema na casa do Padre Machado, pároco da Igreja do Pilar até que a área fosse desimpedida.

Embarcado, o Dr. Jurema trancou-se no camarote, esperando a saída do navio. Depois dos apitos regulamentares, avisando aos visitantes e familiares dos passageiros, que deveriam abandonar o

barco, o Dr. Jurema ouviu uma batida na porta do camarote e perguntando de que se tratava, recebeu uma resposta seca: "É a polícia". Para ele acabara toda a canseira. Abriu a porta defrontou-se com Dr. Renato Medeiros, chefe da Polícia Marítima, que o cumprimentou dizendo: "O Dr. Carlos (o interventor) deseja-lhe uma feliz viagem".

O Dr. Jurema viajou com roupas emprestadas pelos seus amigos e em vez de desembarcar em Vigo, desceu em Portugal, na Cidade do Porto, com uma simples maletinha.

O começo da epopéia em Portugal foi contada pelo seu filho Abelardo, em livro em que narra como também viveu exilado por motivos políticos.

Este episódio, cheio de dramaticidade para os que dele participaram direta e indiretamente tem uma explicação: tratava-se da confirmação da lealdade do Dr. Arthur de Souza Marinho para com seus amigos. Participantes de um governo que o investira em cargo de confiança, não poderia traír seu amigo interventor. Por outro lado, não podia esquecer seus velhos amigos, principalmente numa desventura.

O interventor sabia de tudo com o compromisso com o seu secretário de não impedir a fuga - embora não a facilitasse - e em contra partida o seu secretário da Justiça não mais se envolveria em novas fugas de inimigos da Revolução.

Tempos depois o Dr. Marinho prestou concurso para juiz federal e mudou-se para Sergipe e em seguida, pelos seus méritos, foi promovido a Ministro do Tribunal Federal, com sede no Rio de Janeiro.

Lá voltei a encontrá-lo com a mesma alegria e bom humor, ajudando a batalha para a instalação da "Casa de Pernambuco".

* o Autor é membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, ex-presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco e é o decano dos Conselheiros da O.A.B. PE.

EXMO. SR. DR. JUIZ PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 5^a -REGIÃO

A DIRETORIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE PERNAMBUCO E SEUS RESPECTIVOS CONSELHEIROS, todos devidamente qualificados conforme listagem em anexo (doc.01), vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa, propor a presente...

ORDEM DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO

... em favor dos Advogados devidamente inscritos nesta seccional, cuja relação segue em anexo(doc.02), nos termos do Art. LXVIII da Constituição Federal e Arts. 647 e 648, inciso I do Código de Processo Penal Brasileiro, pelos motivos e fundamentos jurídicos que passa a expor:

BREVE RELATO DOS FATOS:

Nos últimos dias 04 e 10 de setembro, a Justiça do Trabalho de nosso Estado foi palco de uma das mais absurdas provas de desrespeito, descontrole e arbitrio praticados por dois Juizes Trabalhistas, Frederico Correia Maranhão, Presidente da 5^a Junta de Conciliação e Julgamento desta cidade e Acácio Júlio Kezen Caldeira, Presidente da única Junta de Conciliação e Julgamento de Ipojuca/PE, desde já apontados como Autoridades Coatoras, que ultrapassaram os limites do bom senso, determinando a prisão em flagrante de dois Advogados, em pleno exercício de suas funções, de forma ilegal e abusiva (doc.03 e 04).

Não é de hoje que as Autoridades Coatoras vêm exercendo o glorioso mister de julgar, amparando-se na força e na coação. Tratam os Advogados como inimigos. Súditos infíciis de imaginário Poder. Representantes de uma classe que só hoje desprezam, talvez, por frustração vocacional.

As ameaças e constrangimentos passaram a substituir o diálogo e a natural imparcialidade dos atos proferidos. As Autoridades Coatoras, que deveriam zelar pelo respeito ao ordenamento jurídico posto, como numa apropriação indébita permanente, desviaram-se de sua finalidade, utilizando a lei e a justiça ao bel prazer de seus critérios e íntimas satisfações.

O Juiz Trabalhista Frederico Maranhão sempre atuou em descompasso com a realidade dos fatos, ameaçando os Advogados com medidas coercitivas extremas, soprando aos quatro ventos que se utilizaria da força para coibir "afrontas" ao que estabeleceu ser Direito.

No dia 04 de setembro, a Autoridade citada, entendendo, por presunção, encontrar-se o Advogado Dr. Natanael da Silva Júnior, patrocinando simultaneamente as partes, resolveu por determinar a incontinenti prisão em flagrante. O motivo da precipitada decisão tinha como arrimo único o fato de entender o Magistrado ser a lide simulada, pretensamente proposta para a obtenção de homologação judicial de anterior transação o que, caracterizaria o crime de **PATROCINIO SIMULTÂNEO**, previsto no parágrafo único do Art. 355 do diploma penal substantivo (doc.05).

Da mesma forma, a outra Autoridade apontada como Coatora, Dr. Acácio Júlio, repetiu a encenação praticada pelo seu par e amplamente divulgada pela mídia, poucas horas depois, no dia 10 de setembro, determinando a prisão de outro Advogado Dr. Ronaldo Mendes Moura, pelo mesmo fato tido como justificativa à prisão anterior. Desta feita, a arbitrariedade não foi velada e escudada em aparente dispositivo legal como no caso anterior. Dr. Acácio foi deveras explícito. O Magistrado determinou a prisão em flagrante, por ter o Advogado cometido "**EM TESE**", o crime de patrocínio simultâneo (doc.06).

A situação enfocada caracterizaria uma modalidade

de flagrante próprio ou real, onde o agente está cometendo a infração ou acaba de cometê-la. A Autoridade Coatora limitou-se, em sua fundamentação, a determinar a prisão em flagrante pelo cometimento do crime "**EM TESE**". A lei ordinária, parafrascando Roberto Lyra, não pode servir de disfarce a gritantes violações, máscaras do arbitrio. Flagrante real é calor palpitante, flameja e queima. Toda presunção é dúvida e inquieta medida investigatória e, nunca, cerceamento da liberdade, corolário da democracia.

A justificativa exposta pelo Juiz Coator, fere os mais comezinhos preceitos jurídicos. É uma aberração indiscutível, típica do aparato ditatorial. A própria Polícia Federal, encarregada de lavrar o flagrante encomendado pela Autoridade Coatora, limitou-se a instaurar inquérito, sob o argumento da completa ausência de subsídios técnicos e fáticos (doc.04).

É certo que as duas Autoridades Coatoras vêm, sistematicamente, valendo-se de um Poder legítimo, para a prática de toda a sorte de despautérios.

Os Advogados, em especial os que militam na Justiça Trabalhista, estão a mercê do autoritarismo descontrolado, ameaçados ou tolhidos no exercício de suas prerrogativas profissionais, quando os atos processuais são presididos, em especial, pelas Autoridades Coatoras.

As ameaças do constrangimento ilegal são patentes e reiteradas, pondo em risco o direito de ir, vir e permanecer sentado ou em pé - inciso VII do Estatuto da Advocacia e da OAB - dos causídicos que militam sob os auspícios de cárcere desses dois Juizes.

Não se pode, nem se deve, *venia concessa*, coibir-se eventuais condutas aéticas, plausíveis de censura administrativa e disciplinar, com a força desmedida e descontrolada do Poder. Prisão, ameaça de prisão são medidas extremas, que só devem ser aplicadas

com certeza, necessidade evidente e, via de consequência, preciso e inofismável amparo legal.

DA IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE:

Como se denota da capituloção legal imposta pelas Autoridades Coatoras aos Advogados inicialmente detidos, o crime imputado é o de patrocínio simultâneo, previsto no parágrafo único do Art. 355 do Código Penal Brasileiro, cuja pena é de detenção, de 06 (seis) meses a 03 (três) anos, e multa.

O crime, portanto, é afiançável, em face do disposto nos Arts. 322 e 323 do diploma penal adjetivo.

A Lei Federal nº 8.906 de 04 de julho de 1994 - ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB, por sua vez, em seu Art. 7º, § 3º determina que é direito do advogado, o seguinte:

"O Advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo." (grifado)

Os Advogados, em face do dispositivo legal, não podem ser presos ou ameaçados de prisão sob o argumento da existência de reclamação trabalhista simulada e, via de consequência, patrocínio simultâneo. É imperativo de lei, que não pode, *venia concessa*, ficar a mercê de medidas ruidosas e destemperadas.

A prisão determinada aos Advogados por motivo de exercício da profissão em crimes afiançáveis é constrangimento ilegal.

DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DELITUOSA:

Ao simples e compulsar das atas e documentos acostados ao presente writ, verifica-se que as Autoridades Coatoras

determinaram as prisões dos Advogados, em face de uma pretensa situação de flagrância pelo cometimento do crime previsto no parágrafo único do Art. 355 do Código Penal Brasileiro, ou seja, patrocínio simultâneo. Senão vejamos:

"Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias." (grifado)

Como é intimo de Vexa, e dignos pares, o crime em apreço é formal e se consuma pela prática do agente de ato processual relativo ao patrocínio simultâneo de partes contrárias. Nelson Hungria, o maior penalista brasileiro de todos os tempos, em seu Comentários ao Código Penal Brasileiro, é incisivo ao afirmar que *"consuma-se o crime com o primeiro ato 'revelador do patrocínio simultâneo ou sucessivo. Não basta que a Advogado ou procurador haja recebido mandado ab utraque parte: cumpre que efetivamente exerça ambos, contemporaneamente ou um depois do outro."*

No caso em epígrafe, em nenhum momento, os Advogados detidos realizaram qualquer ato processual relativo ao patrocínio simultâneo. Um único instrumento procuratório foi acostado aos autos e os atos inicialmente praticados tomaram a forma exclusiva da defesa dos interesses do Reclamante.

A conduta dos Advogados é atípica, por não revelar elementos integrantes da conduta incriminada. Aliás, este é o entendimento desse colendo Tribunal:

"PENAL CRIME DE PATROCÍNIO SIMULTÂNEO. INOCORRÊNCIA, - NÃO CONSTITUI CRIME TIPIFICADO NO ART. 355, PARÁGRAFO ÚNICO DO ESTATUTO PENAL BRASILEIRO, O FATO DE ADVOGADO

TER ELABORADO PETIÇÃO PARA O RECLAMANTE EM AÇÃO TRABALHISTA CONTRA EMPRESA, DA QUAL FUNCIONA COMO PREPOSTO E CAUSÍDICO, UMA VEZ QUE O ACUSADO NÃO DEFENDEU A PARTE CONTRÁRIA NA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA, DESDE QUE DELA NÃO RECEBEU MANDATO PROCURATÓRIO, NEM ASSINOU A EXORDIAL. APELAÇÃO IMPROVIDA." (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO - ACR Nº 00501307 - 3ª TURMA - 21/03/96 - REL. JUIZ NEREU SANTOS - UNÂNIME)

Por outro lado, são as próprias Autoridades Coatoras que admitem a existência de delito como foi tipificado pelo fato de previa transação o que infere o surgimento de RECLAMAÇÃO SIMULADA. A Justiça, portanto, estaria sendo utilizada para uma simples homologação de acordo preestabelecido.

O legislador, ao incluir a expressão parte contrária no tipo legal em discussão, quis referir-se às partes com interesses antagônicos e diversos na mesma relação jurídica. Ou seja, para a consumação do delito, faz-se indispensável que o agente do delito, simultaneamente, defendá interesses conflitantes.

Ora, como já foi dito, as Autoridades Coatoras justificam o emprego da medida coercitiva, justamente em virtude da reclamação simulada, que nada mais é do que a homologação de uma transação, que não traduz conflito de interesses nem tampouco antagonismo de posições.

Se a reclamação é simulada não existem partes contrárias, não ocorrendo a conduta típica apontada pelas Autoridades Coatoras. A prisão ou a ameaça de prisão com esta fundamentação é constrangimento ilegal. Os Tribunais Regionais Federais

acompanham o mesmo posicionamento:

PENAL. PROCESSUAL PENAL PATROCÍNIO SIMULTÂNEO (ART. 355, PARÁGRAFO ÚNICO, CP) ATIPICIDADE. DENÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. - DEMONSTRADA DE FORMA PATENTE, A LUZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO CONTIDO NOS AUTOS, A INEXISTÊNCIA DE INTERESSES CONFLITANTES A CONFIGURAR O CRIME DE PATROCINIO SIMULTÂNEO, IMPÔE-SE A ABSOLVIÇÃO DO RÉU. - O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA NÃO PODE SER IGUAL AO JUÍZO DE CERTEZA EXIGÍVEL PARA A CONDENAÇÃO, SUJEITOS QUE ESTÃO A PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DIFERENTES: - APELAÇÃO DESPROVIDA." (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIÃO - ACR Nº 0104674 - 09/12/92 - REL. VICENTE LEAL- UNÂNIME)

Os nossos Tribunais possuem posição remansosa sobre o tema:

"Para a consumação do delito em questão, mesmo em tese, sendo um crime formal, é necessário a verificação da prática pelo agente, de qualquer ato processual relativo ao patrocínio simultâneo, ou sucessivo de partes contrárias. Por partes contrárias deve entender-se aqui pessoas com interesses antagônicos na mesma relação jurídica." (TJSC - HC 112.143 - dj 30/05/95 - *vade mecum criminal* pág. 498.2 - síntese)

"Na separação Consensual os cônjuges podem contratar o mesmo, advogado sem que se caracterize o crime de, patrocínio simultâneo, uma

vez que os objetivos são comuns, inexistindo partes contrárias" (TACRIM-SP - RT 635/382).

Admitindo-se, ainda, *ad argumentandum*, o desconhecimento prévio da transação por uma das partes envolvidas, mesmo assim, no momento da transação, desapareceria a lide e o antagonismo de posições. A conduta imputada aos Advogados inicialmente detidos e a ameaça constante de prisão aos pacientes é abuso desmedido, por não ser a conduta descrita fato previsto como crime.

DA AMEAÇA DE CONSTRANGIMENTO:

A ameaça de constrangimento ilegal é indiscutível. Mesmo com a desistência das autuações das recentes prisões dos Advogados, as Autoridades Coatoras bravejam a correção de suas medidas, existindo a possibilidade de suas reiterações em casos semelhantes. A própria nota divulgada pela mídia da AMATRA VI, Associação dos Magistrados do Trabalho da 6ª Região, em solidariedade com as Autoridades Coatoras fortalece, indiscutivelmente, a ameaça de constrangimento futuro (doc.05). Senão vejamos:

"A AMATRA VI vem prestar solidariedade pública ao Juiz FREDERICO MARANHÃO, o qual, em cumprimento a estrito dever funcional, agiu corretamente ao determinar a prisão em flagrante do advogado Natanael da Silva Júnior, por prática de crime de patrocínio simultâneo previsto no Art. 355, parágrafo único do Código Penal Brasileiro." (grifado) (Jornal do Comércio - 06/10/96)

O Juiz Frederico Maranhão é taxativo ao afirmar na própria ata de audiência, que a revogação da medida coercitiva antes determinada não representa o reconhecimento de qualquer equívoco no que fez, tão só uma revisão de seus atos (doc.02).

O Habeas Corpus preventivo visa impedir que se realize a ameaça de coação, por infringir lei vigente, o que se teme.

DO PEDIDO:

Face ao exposto, requer se digne V.Exa em determinar:

1. Ajuntada dos documentos que seguem em anexo;
2. A concessão de medida liminar, com o fito de se oficiar as Autoridades Coatoras para que não efetuem a prisão de Advogados, no exercício da profissão, em hipótese de cometimento de crimes afiançáveis, bem como pela ocorrência de patrocínio simultâneo, derivado de reclamação simulada, até o julgamento do presente writ;
3. Que seja requisitado das Autoridades apontadas como Coatoras, caso necessário, as competentes informações;
4. Que seja dado vista da presente ordem à Procuradoria da República, para emissão de parecer;
5. Que ao final seja concedido o presente writ, expedindo-se salvo-condutos aos pacientes, para que exerçam as suas alividades profissionais sem a ameaça de prisão pela prática, em tese, de crime afiançável, inclusive o de patrocínio simultâneo, derivado de reclamação simulada.

PEDE DEFERIMENTO

Recife, 18 de setembro de 1996

A DIRETORIA

PRESIDENTE, Prof. Dr. Luis Pinto Ferreira
VICE-PRESIDENTE, Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves
SEC.GERAL, Prof. João Pinheiro Lins
SECRETARIO, Dr. Antonio Henrique Cavalcanti Wanderley
TESOUREIRO, Dr. Darley de Lima Ferreira

MEMBROS NATOS (EX - PRESIDENTES)

Heraldo José de Almeida
Joaquim Correia de Carvalho Junior
Silvio Neves Batista
Urbano Vitalino de Melo Filho
José Henrique Wanderley Filho
Aurélio Agostinho da Boa Viagem
João Pinheiro Lins(biênios 1989 / 1991 - 1993 / 1995)
Nilton Wanderley de Siqueira

MEMBRO HONORÁRIO

Raimundo Faoro

PRESIDENTE DE HONRA: José Cavalcanti Neves

O CONSELHO

Antonio Henrique Cavalcanti Wanderley
Carlos Antonio Alves Monteiro de Araujo
Darley de Lima Ferreira
Gilberto Marques Paulo
Gilvandro de Vasconcelos Coelho
Helvio Santiago Mafra
Humberto Cabral Vicira de Melo
José Luis Marques Delgado
José Otávio de Meira Lins
Luis Pinto Ferreira
Marcelo da Costa Pinto Neves
Maria Bernadete Neves Pedrosa

Mickel Sava Nicoloff
Nilzardo Carneiro Leão
Otávio de Oliveira Lobo
Paulo Rodolfo de Rangel Moreira
Roberto Magalhães Melo
Romualdo Marques Costa
Sávio Tigre Leão
Valdrilio Leal Guerra Curado

NOVOS ASSOCIADOS

É com imenso prazer que anunciamos o ingresso em nosso quadro social dos reconhecidos juristas, nomes consagrados nacionalmente, que se impuseram quer pelas suas obras publicadas, quer pela destacada atuação emprestada aos cargos ocupados, quer pela colaboração no órgão máximo da nossa classe, todos professores universitários: Dr. Luis Rafael Mayer, Dr. Antonio Carlos Vasconcelos Coelho Barreto Campelo, Dr. Octavio Dias Alves da Silva Filho, Dr. Walter Costa Porto, Dr. Antonio Mario Abreu Pinto, Dr. José Isidoro Martins Souto e o Dr. Antonio Carlos Cintra do Amaral administrativista, Prof. de Direito Econômico na PUC - SP. que publicou ultimamente "Concessão de Serviço Público" (Malheiros Editores - SP. - 1996). **A TODOS OS NOSSOS VOTOS DE BOAS VINDAS**

RELAÇÃO DOS MEMBROS DO IAP

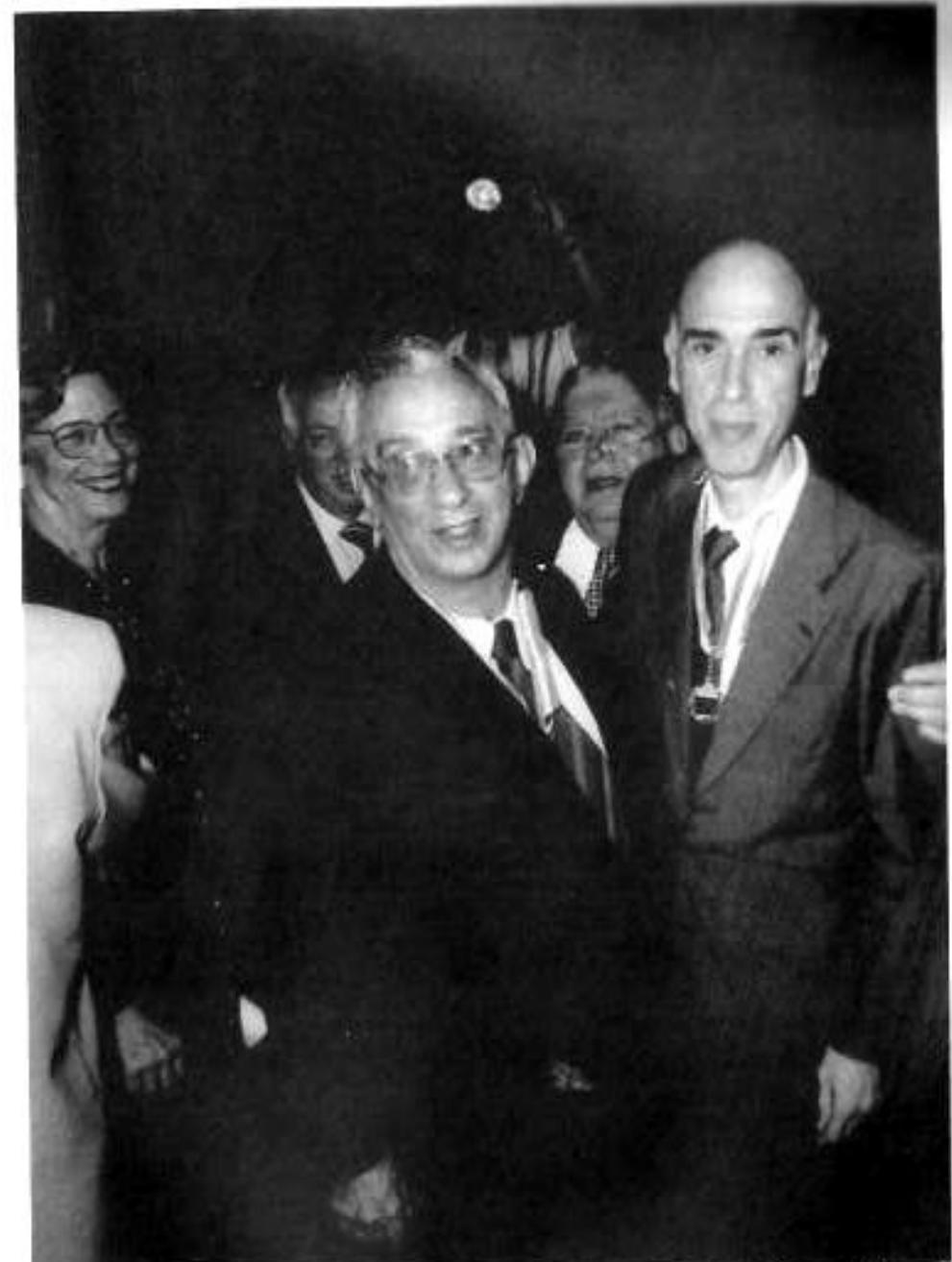
ADALBERTO TABOSA DE ALMEIDA, - ALUIZIO JOSÉ DE VASCONCELOS XAVIER, - ANA MARIA TORRES DE VASCONCELOS, - ANTONIO CARLOS BASTOS MONTEIRO, - ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, - ANTONIO CARLOS VASCOCELOS COELHO BARRETO CAMPELO, - ANTONIO HENRIQUE CAVALCANTE WANDERLEY, - ANTONIO MARIO ABREU PINTO, - ANTONIO RENATO LIMA DA ROCHA, - ARTUR PIO DOS SANTOS NETO, - AURÉLIO AGOSTINHO DA BOAVIAGEM, - CARLOS ALBERTO SILVA CHAVES, - CARLOS ANTONIO ALVES MONTEIRO DE ARAUJO, - CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS, - CLOVIS RIBEIRO DO REGO MELO, -

CONCEIÇÃO MARIA PEREIRA DA COSTA MAIA, - DARLEY DE LIMA FERREIRA, - DORANY DE SÁ BARRETO SAMPAIO, - EGIDIO FERREIRA LIMA, - ELCIAS FERREIRA DA COSTA, - EVERALDO DE HOLANDA VALENTE, - EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE, - FERNANDO ANTONIO MUNIZ DA CUNHA, - FERNANDO AUGUSTO DE MENDONÇA, - FERNANDO DE VASCONCELOS COELHO, - FRANCISCO BRITUALDO BEZERRA CAVALCANTI, - FRANCISCO DARIO MENDES DA ROCHA, - FRANCISCO EDUARDO GONSALVES SERTORIO CANTO, - FRANCISCO EVANDRO DE PAIVA ONOFRE, - FRANCISCO IVO DANTAS CAVALCANTI, - GERALDO DOS ANJOS NETO DE MENDONÇA, - GERALDO DE OLIVEIRA SANTOS NEVES, - GILBERTO MARQUES PAULO, - GILVANDRO DE VASCONCELOS COELHO, - GIOVANNI CRIBARI, - HELENA CAULA REIS, - HELVIO SANTIAGO MAFRA, - HERALDO JOSÉ DE ALMEIDA, - HILTON GUEDES ALCOFORADO, - HOMERO FREIRE BARBOSA DA SILVA, - HUMBERTO CABRAL VIEIRA DE MELO, - JARBAS FERNANDES DA CUNHA, - JARBAS FERNANDES DA CUNHA FILHO, - JOÃO BATISTA DE ALBUQUERQUE, - JOÃO BOSCO MEDEIROS DE SOUZA, - JOÃO DOMINGO PESSOA GUERRA, - JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO, - JOÃO PINHEIRO LINS, - JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JUNIOR, - JONAS ANGELO FERREIRA LIMA, - JORGE DA COSTA PINTO NEVES, - JOSÉ ANTONIO DE OLIVEIRA VENTURA, - JOSÉ CAVALCANTI NEVES, - JOSÉ GLAUCIO VEIGA, - JOSÉ HENRIQUE WANDERLAY FILHO, - JOSÉ ISIDORO MARTINS SOUTO, - JOSÉ LOPES DE OLIVEIRA, - JOSÉ LUIZ MARQUES DELGADO, - JOSÉ DE MOURA ROCHA, - JOSÉ OTÁVIO DE MEIRA LINS, - JOSÉ PAES DE ANDRADE, - JOSÉ PAULO CAVALCANTI FILHO, - LOURIVAL FAUSTINO VILANOVA, - LUIZ HOMERO PATURY ACCIOLY, - LUIS PINTO FERREIRA, - MANOEL ENILDO GOMES LINS, - MARCELO DA COSTA PINTO NEVES, - MARCOS AUGUSTO DE SÁ PEREIRA FREIRE, - MARCOS VINICIUS RODRIGUES VILAÇA, - MARGARIDA DE OLIVEIRA CANTARELLI, - MARGARIDA DE SOUZA LEÃO COELHO, - MARIA BERNADETE NEVES PEDROSA, - MARUCIA COELHO DE MATOS MIRANDA CORREA, - MICHEL

SAVA NICOLOFF, - MURILO HUMBERTO DE BARROS GUIMARÃES, - NELSON NOGUEIRA SALDANHA, - NILTON WANDERLEY DE SIQUEIRA, - NILZARDO CARNEIRO LEÃO, - OCTAVIO DIAS ALVES DA SILVA FILHO, - OTÁVIO DE OLIVEIRA LOBO, - PAULO RODOLFO RANGEL MOREIRA, - PEDRO PAULO PEREIRA DA NÓBREGA, - RAMIRES COTIAS TEIXEIRA, - REGINA COELI CAMPOS DE MENEZES, - RICARDO JOSÉ DA COSTA PINTO NETO, - ROBERTO MAGALHÃES MELO, - ROGÉRIO NEVES BATISTA, - ROMUALDO MARQUES COSTA, - ROQUE DE BRITO ALVES, - SADY D'ASSUNÇÃO TORRES, - SADY D'ASSUNÇÃO TORRES FILHO, - SAVIO TIGRE LEÃO, - SÉRGIO HIGINO DIAS DOS SANTOS FILHO, - SILVIO LORETO, - SILVIO NEVES BAPTISTA, - SILVIO PESSOA DE CARVALHO, - SYLENO RIBEIRO DE PAIVA, - THELMA CRISTINA DE MOURA PAIVA, - URBANO VITALINO DE MELO FILHO, - VAUDRILDO LEAL GUERRA CURADO, - VERA REGINA DE CRAVO BARROS DELLA SANTA, - VIRGILIO BARROS DE MEDEIROS CAMPOS, - WALTER DA COSTA PORTO, - WILLIAM DA COSTA PINHEIRO.



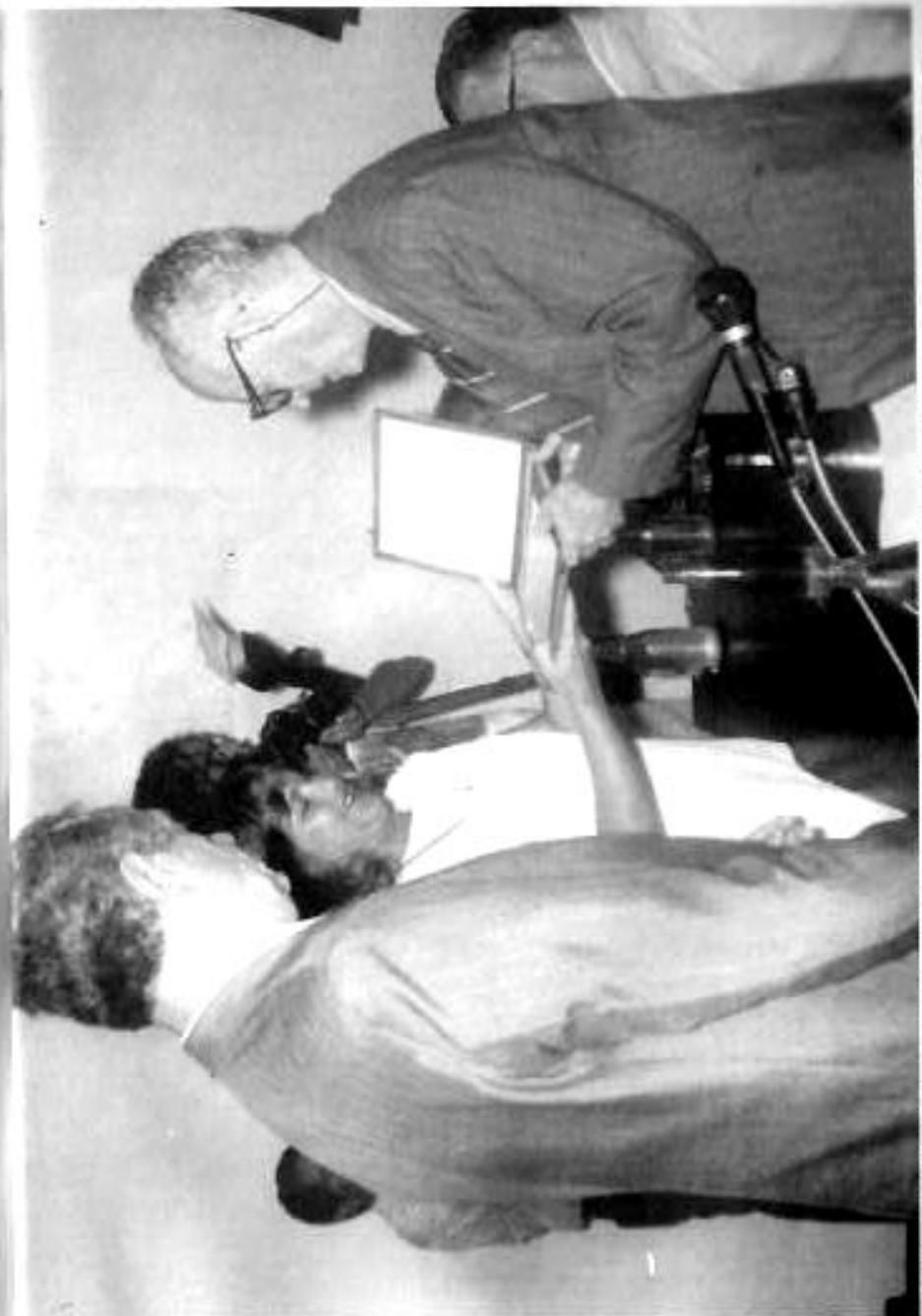
Transmissão da Presidência do Instituto dos Advogados de Pernambuco ao prof. dr. Luiz Pinto Ferreira. Vê-se (da direita para a esquerda da foto) o deputado Gilberto Marques Paiva, o dr. José Cavalcanti Neves, presidente de honra do I.A.P. O prof. Aluísio José de Vasconcelos Xavier, presidente da Seccional Pernambucana da O.A.B., o prof. dr. Luiz Pinto Ferreira pronunciando a sua oração de posse, o prof. João Pinheiro Lins, que transmitiu a presidência, o Des. Luiz Belém de Alencar, presidente do Tribunal de Justiça do Estado, o dr. Dorany Sampaio, representante do prefeito da cidade do Recife, o dr. José Jardim Martins Souto e o dr. José Gólio Brito, presidente da Academia Pernambucana de Letras.



O vice-presidente da República, dr. Marco Antonio Maciel, o prof. João Pinheiro Lins, secretário geral do I.A.P., agraciados com a medalha de mérito outorgada pelo curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Recebem os cumprimentos da sra. Helena Pinheiro Lins, do dr. Fernando de Vasconcelos Coelho, chefe da Assessoria Especial do Governador do Estado e do jornalista Héleno Gouveia



O dr. José Cavalcanti Neves, presidente de honra do I.A.P., recebendo das mãos do prof. dr. Luiz Pinto Ferreira, o diploma e a medalha de mérito, com que foi agraciado pela Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco



O prof. dr. Luiz Pinto Ferreira, presidente do I.A.P., recebendo das mãos da defensora pública dra. Elisa Benedito Caiado e do Dr. Geraldo Couto, defensor público geral do Estado da Bahia e presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos. A placa que a A.N.D.P. lhe ofereceu pelo reconhecimento ao incentivo à luta dos defensores públicos do Estado que à data da inauguração da Assessoria Nacional Centro estava em investidura na função na Assistência Judiciária do Estado.

Impresso no parque gráfico da

