
LIÇÕES ALTERNATIVAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Civil, Penal e Trabalhista)

Amilton Bueno de Carvalho
Antonio Cláudio da Costa Machado
Arnaldo Miglino
Edson Vieira Abdala
Horácio Wanderlei Rodrigues (org.)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
José de Albuquerque Rocha
Laura Nader
Luiz Guilherme Marinoni
Manoel Caetano Ferreira Filho
Paulo Ricardo Schier
Roberto Kant de Lima
Rui Portanova
Willis Santiago Guerra Filho



EDITORA
ACADEMICA

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES
(Organizador)

LIÇÕES ALTERNATIVAS DE DIREITO PROCESSUAL



São Paulo — 1995

Editor responsável: Prof. Sílvio Donizete Chagas

(Registro de jornalista no MT sob nº 20041, fls. 8, livro 82)

Divulgação e vendas: José Alves Carneiro

Diagramação: Márcio de Souza Gracia

Todos os direitos reservados à

EDITORA ACADÊMICA

Rua Planalto, 81 - Jardim Presidente Dutra

Guarulhos - São Paulo - Cep: 07171-130

Fone: (011) 688-0536 - Fax: (011) 688-0536

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	7
Capítulo 1	
Direito Alternativo e Processo	9
<i>Amílton Bueno de Carvalho</i>	
Capítulo 2	
O Ministério Público: Inexistência de <i>legitimatio ad causam</i> ativa para a ação de dissolução de Sociedade Anônima	18
<i>Antonio Cláudio da Costa Machado</i>	
Capítulo 3	
Brevi Riflessioni sul Significato del Garantismo (con Riferimento a Vicende Italiane degli Anni 1988-1994)	43
<i>Arnaldo Miglino</i>	
Capítulo 4	
Esquisitice de Juiz (Dois Novos Fundamentos para a rejeição da denúncia)	59
<i>Edson Vieira Abdala</i>	
Capítulo 5	
Fórum da UFSC: Experiência Alternativa de Concretização da Garantia de Assistência Jurídica Integral e Gratuita	67
<i>Horácio Wanderlei Rodrigues</i>	
Capítulo 6	
Um Novo Ensino do Direito Processual Penal	79
<i>Jacinto Nelson de Miranda Coutinho</i>	

Capítulo 7

O Estado em Juízo e o Princípio da Isonomia	90
<i>José de Albuquerque Rocha</i>	

Capítulo 8

La Civilización y sus negociadores — La Armonía como Técnica de Pacificación	113
<i>Laura Nader</i>	

Capítulo 9

Tutelas Diferenciadas e Realidade Social	132
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	

Capítulo 10

Conceito de Justo Título para Efeito de Usucapião no Direito Brasileiro	144
<i>Manoel Caetano Ferreira Filho e Paulo Ricardo Schier</i>	

Capítulo 11

Sincretismo Jurídico ou Mera Esquizofrenia? A Lógica Judicial da Excludência e a Organização Judiciária Brasileira	159
<i>Roberto Kant de Lima</i>	

Capítulo 12

Princípio Igualizador	198
<i>Rui Portanova</i>	

Capítulo 13

Teoria Geral do Processo: Em que Sentido?	212
<i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	

APRESENTAÇÃO

A idéia de organizar este livro nasceu em outubro de 1993, durante o *II Encontro Internacional de Direito Alternativo*. Houve, nesse evento, um painel denominado *Processo e Direito Alternativo*. Dele participaram operadores jurídicos, representando as diversas profissões jurídicas, preocupados especificamente com a questão processual, em especial os aspectos atinentes ao problema do *acesso à justiça*.

Em conversas posteriores ao painel discutiu-se a importância de organizar uma coletânea que reunisse alguns trabalhos teóricos dos alternativos na área processual, como forma de ser ele um primeiro elemento de discussão — um ponto de partida — para a posterior organização de um Encontro Internacional sobre Processo e Direito Alternativo. Fiquei então encarregado de fazer os contatos e reunir os trabalhos.

Dentre os convidados há *alternativos* e também *não alternativos* simpatizantes do movimento. Também há a presença de dois convidados estrangeiros, estranhos ao movimento brasileiro, mas que contribuem com artigos nos quais analisam experiências concretas específicas, e que trazem importantes elementos para a reflexão sobre as nossas crises no âmbito do Direito.

Os treze artigos que compõem o livro abrangem, em nível de suas temáticas específicas, um leque bastante amplo. Envolvem trabalhos de ordem teórica, técnica e relatos de experiências. Entre seus autores há juízes, promotores, procuradores, advogados e professores. Esses elementos emprestam à coletânea uma visão plural, extremamente interessante.

Espera-se que a sua leitura seja proveitosa e possa atingir os objetivos almejados: iniciar, de forma mais concreta, a discussão das questões processuais no âmbito do movimento Direito Alternativo e contribuir na discussão e busca de soluções dos problemas da justiça em nosso país.

Florianópolis (SC), julho de 1995.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues.

DIREITO ALTERNATIVO E PROCESSO

*Amílton Bueno de Carvalho **

1. Introdução

Apesar de não teórico do direito, nem tampouco especialista de direito processual, ousei aceitar o convite-desafio que me fez o professor Horácio Wanderlei Rodrigues para pensar sobre o tema proposto.

Este trabalho emerge de um juiz (e apenas de um juiz) que tem procurado colocar sua atuação a serviço da radicalização democrática, buscando demonstrar o desgaste do direito posto e apontando para novas soluções.

Deste local de fala é que procurarei, a seguir, assinalar questões que me parecem importantes no cotejo do movimento do Direito Alternativo com o Processo. E o norte que permeia é um: democratização do espaço jurídico!

O objetivo é levantar pontos à discussão: nada do que aqui se aponta

* Juiz Criminal em Porto Alegre e Professor de Direito Alternativo na Escola de Magistratura Gaúcha.

tem ambição ou cunho de definitividade.

O trabalho é dividido em dois momentos: (a) noções sobre Direito Alternativo e o retomar da técnica, e (b) o processo enquanto local privilegiado da fala e da escuta.

2. O Movimento do Direito Alternativo e o Retomar da Técnica

Necessário se fixem algumas noções sobre o movimento do Direito Alternativo posto que: (a) ainda não há acordo teórico quanto a sua conceituação (não há como esquecer que ele tem apenas algo em torno de quatro anos de existência) e (b) existe forte deturpação, consciente ou inconsciente, de má-fé ou por ingenuidade ou por ignorância, do seu sentido.

Então, há que se estabelecer um acordo sobre Direito Alternativo para que o leitor tenha claro a que me refiro.

Em outro local (*Direito Alternativo na Jurisprudência*, Ed. Acadêmica, 1993, p. 8), procurei deixar claro que se está frente a um *movimento* e não a uma teoria (ao menos por agora) que procure dar conta do fenômeno jurídico. Ele (o movimento) se caracteriza pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber/atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade jurídica comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços democráticos visando a emancipação popular, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra *qualquer* tipo de dominação, ou seja, o direito enquanto concretização da liberdade (para maior esclarecimento, inclusive tipologia, ver Edmundo Lima de Arruda Junior, *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, Ed. Acadêmica, 1993, p. 169/187, e o referido *Direito Alternativo na Jurisprudência*, p. 8/15). No mesmo local, apontava para o *novo* que o movimento representava. Se bem que é de se perguntar se é realmente importante o novo, a novidade. Parece que é detalhe sem maior significado posto existe o novo perverso e o antigo libertador. O que importa realmente saber é dos efeitos que gera qualquer movimento: aponta para a democratização ou é mantenedor do *status quo*? Tanto que Salo de Carvalho, in: *Mitos sobre a Escola do Direito Livre* (Revista de Estudos Jurídicos da Unisinos, vol. 26, n^o 68, setembro/dezembro de 1993, p. 111 a 128) e in: *O*

Fenômeno Magnaud (Revista de Direito Alternativo, vol. 3, ano de 1994) recupera o antigo, que é novo no sentido de libertador.

Entendia naquele momento que o novo estava em que o movimento encampava o conhecimento teórico-crítico que antigamente apenas circulava na cátedra de pensadores progressistas, tornando-se práxis deste saber. Ou seja, que os ditos técnicos (juizes, promotores, advogados) começaram a alterar sua atuação, colocando na “vida real”, nos litígios, aquele saber teórico-crítico, abandonando, cada vez mais, o positivismo legalista subsunção.

Todavia, aquela visão não corresponde hoje ao que acontece. Há algo mais do que o técnico dar vida à teoria...

Na nossa realidade ocorria um profundo (e até certo ponto patológico) distanciamento entre os ditos teóricos, e os técnicos: para a técnica o teórico era um sonhador que estava absolutamente fora da realidade: sua produção não servia ao mundo dos litigantes. A questão era sempre a seguinte: de que servem ditas teorias no momento em que o réu que defendo (ou devo denunciar ou julgar) está no presídio?

Na outra ponta, o teórico tinha a técnica como um local menor, insignificante, com até certo ranço de preconceito: o técnico não é pensador!

A repulsa era recíproca.

Pois bem.

Num primeiro momento (talvez erroneamente) eu vislumbrava que o novo (aqui no sentido de criativo-libertador), como já referi antes, estava em que o operador começava a aterrizar o saber teórico, procurava trazer à prática forense o pensamento agudizado da crítica, ao mostrar o desgaste do vigente e ao apontar para novas soluções. Os ensinamentos da corrente psicanalítica, da sociologia jurídica, da filosofia do direito, por exemplo, começaram a chegar aos litígios, politizando-os para além de uma atividade praticamente mecânica e ingênua que caracteriza a atuação técnica.

Mas há algo mais do que isso, repito.

Hoje o teórico desce do “pedestal” e se preocupa com a técnica. Ou seja, a crítica procura dar respostas a partir da própria técnica. É técnico buscando socorro na crítica e a crítica procurando dar respostas através da técnica.

E nesta relação quase que simbiótica entre crítica e técnica, o novo transformador poderá chegar ao jurídico. Agora, sim, se vislumbra para

a possibilidade da criação de uma teoria, realmente latino-americana, que responda às nossas contradições e angústias, comprometida com esta sociedade periférica. E mais, para uma teoria que tenha respaldo na atuação criativa dos técnicos. Enfim, que o direito seja um todo e não uma esquizofrênica divisão entre teoria e práxis. Assim, poder-se-á ter atuação mais completa: uma práxis comprometida com a democratização, cotejando e transformando a teoria e por ela sendo cotejada e transformada.

Agora se aceita o convite de André-Jean Arnaud quando desafia o ator jurídico a ter uma *teoria*, a estar disposto a *correr riscos* e a ser *militante*, para que se possa ser um jurista do século XXI (Jornal da “Ajuris”, nº 29, agosto de 1991, p. 12).

A outra contribuição do movimento do Direito Alternativo (e consequência da primeira) está, no específico, em resgatar a dignidade da técnica, ao reconhecê-la como elemento indispensável para que a crítica aterrise, ou, mais claramente, que ela se torne viva, chegue até o mundo das partes. E para que o técnico desperte, também do seu local específico, para a importância do instrumental processual como elemento indispensável à democratização do jurídico. Demonstrando, deste lugar, o desgaste deste instrumental e crie novas possibilidades democratizantes.

Então, apoiados em crítica séria, competente, comprometida com máxima vida digna para todos, vislumbram-se trabalhos, entre outros, dos processualistas alternativos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Rui Portanova, José de Albuquerque Rocha, Paulo de Tarso Brandão, Manoel Caetano e Horácio Wanderlei Rodrigues. O novo modificador da velha estrutura chega apesar do ranger de dentes dos teóricos (?) do direito que não conhecem o jurídico e dos técnicos acrílicos. Onde chegaremos? Evidente que não se sabe, previamente, o resultado da reflexão/atuação, mas Michel Miaille tranqüiliza: “Ninguém sabe o que afinal de contas será descoberto, ninguém sabe que dificuldades nos esperam nessa exploração. Mas vale bem a pena tentar a experiência, mesmo se ela nos conduzir por caminhos solitários, mesmo se ela nos opuser a tudo o que se encontra “normalmente” dito e explicado hoje. Uma introdução crítica, é, portanto, bem a iniciação a um esforço de reflexão com todos os seus *riscos* e todas as suas *aberturas*” (Michel Miaille, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Ed. Moraes, Lisboa, 1979, p. 21).

3. O Processo enquanto Local da Fala e da Escuta

Através de Paulo de Tarso Brandão (*O Processo como Obstáculo à Aplicação da Justiça no Âmbito Penal*, Livro de Estudos Jurídicos, IEJ, Rio, 1994, p. 257) chego até Dinamarco: “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego”.

Incessantemente perneia o discurso alternativo a expressão radicalidade democrática. A preocupação com a democracia substancial é o norte do movimento. É o pano de fundo: o início e fim da atuação. Direito e democracia, aliás, na visão de Luigi Ferrajoli (*El Derecho como Sistema de Garantías*, in Revista *Jueces para la Democracia*, Madrid, nº 16-17, 2-3/1192, p. 69) estão umbilicalmente vinculados, tanto que, para ele, salvar o futuro do direito é salvar o futuro da democracia.

Via processo, pois, o direito se faz presente na realização da democracia substancial. Eis seu objetivo maior, seu compromisso, sua dignidade!

Pois bem.

Quer-me parecer que na democracia se busca a autonomia do indivíduo; que ele possa vivenciar a si mesmo e a realidade de forma não-passiva; que tenha domínio de sua vida e seja responsável pela história. Possa, enfim, solucionar as desavenças e desajustes que o alcancem em sua caminhada.

O indivíduo autônomo, pois, resolve, democraticamente, seus litígios, posto que apto ao diálogo, ou seja, disposto a ouvir/conversar (“... el diálogo ... se debe presuponer la intención de llegar a un acuerdo libre y sincero sobre la cuestión debatida” — Modesto Saavedra, “Poder Judicial, Interpretación Jurídica y Criterios de Legitimidad”, in: *Anuario de Derecho Publico y Estudios Políticos*, nº 1, Granada, 1988, p. 49). Quanto mais forte a democracia e mais autônomo o indivíduo, o respeito aos “valores éticos-políticos — igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales” (Ferrajoli, loc. cit.) estão presentes na vida diária.

O processo (fruto do litígio) surge no momento do caos da democracia dialogal, ou seja, quando as partes não logram solucionar seus atritos através do *conversar* (possibilidade de expor o sentimento) e do *ouvir* (condição de quem não se tem como o dono da verdade e está

disposto a aceitar o diverso; ou ser tolerante ao permitir que o outro tenha o direito a professar a própria verdade, como quer Nicolás Maria Lopez Calera *Derecho e Tolerancia*, Revista *Jueces para la Democracia*, já cit., p. 3). Neste momento de conturbação da democracia/autonomia é que as partes buscam que o judiciário imponha a vontade do Estado, via processo.

Um exemplo do direito de família parece esclarecedor. Evidente que um casal que está disposto a ouvir e a conversar, apesar do sofrimento que encerra toda separação, vem a juízo e rompe o vínculo do casamento com toda a dignidade (aliás, não tem sequer sentido o processo de separação amigável se realizar judicialmente; o ideal é que as partes simplesmente compareçam ao cartório onde celebraram o casamento e se separem, ou seja, rompam o pacto da mesma forma que o constituíram). Todavia, com a perda da capacidade do ouvir/conversar terminam por não mais conseguir viver juntos e nem separados, e mantêm o vínculo neurótico através do processo de separação. Daí porque as ações de separação e suas resultantes (alimentos, guarda de filhos, etc.) se eternizam: o processo passa ser instrumento não da democracia, mas da neurose das partes.

Como, então, fazer com que o processo sirva à democracia (local da autonomia = igual diálogo)?

Num primeiro momento, há que invadir o imaginário do advogado para que abandone a atividade burocrática de aceitar incondicionalmente a “verdade” da parte e jogá-lo num tipo legal, com mecanismo subsunção, sem a menor criatividade. E aí advogar tal interesse via petição inicial ou contestação. Outrossim, deve abandonar o paternalismo que eventualmente o caracteriza como se o problema não fosse mais da parte e sim dele profissional. E a partir daí, utilizando do seu local privilegiado de fala, buscar resgatar a possibilidade dialogal entre as partes para, *com elas*, atuar para que reassumam a capacidade autônoma de solução do litígio. Ou seja, advogado como *Parcial Ético* comprometido com as partes no sentido de democratização do próprio saber jurídico.

Outrossim, o imaginário do Juiz e do Promotor devem ser invadidos, com o também abandono da atividade burocrático — paternalista, para que, como *Imparciais Éticos*, possam ouvir a angústia das partes e utilizando seu também privilegiado local de fala, buscar, agora, já em juízo, a possibilidade do diálogo se fazer presente. É juiz e promotor descendo do seu doentio pedestal e vir até as partes para, com elas,

numa espécie de justiça do amor, lutar com todas as forças para que os litigantes superem, por si mesmos, seus atritos.

A vontade do Estado, o uso da força decisional, só deve ser reservada, pois, para situações limites, ou seja, quando o nível de intolerância dos litigantes (ou de um deles) for insuperável. Neste momento doloroso, ante o caos da democracia, é que deve surgir o ato decisório (o qual, por sua vez, apesar de imposto, deve refletir as conquistas democráticas, ou seja, “un instrumento al servicio de la libertad frente a los intolerantes” (López Calera, loc. cit., p. 6), é que, como ele mesmo (Calera) diz, “en una sociedad de seres humanos algún tipo de reglas coativas se hace necesario”, p. 8).

Num segundo momento, o processo, em si mesmo, para atingir a autonomia/democracia deve ser o local reservado da fala e da escuta.

O instrumento específico processual necessariamente deve propiciar que as partes possam, da maneira mais abrangente possível, explicitar seus encantos/desencantos. É da fala ampla que se possibilita o diálogo (bem como a atuação do operador jurídico não restrita apenas à consequência, mas à causa do litígio; é que este, muita e muita vez, é apenas a ponta de outro que lhe é a origem mediata).

E a fala de que trato não é apenas aquela que possibilita ao advogado expressar, mas também, e principalmente, a própria parte. Daí porque não há como se admitir o julgamento antecipado da lide, fórmula fácil de se impossibilitar a parte de falar, de se fazer sentir pessoalmente. Este é um princípio que deve ser obedecido (da parte se expressar frente ao juiz e à parte adversa), já que se constitui num autêntico princípio geral de direito processual e “las garantías de los derechos no son derogables ni disponibles” (Ferrajoli, loc. cit., p. 67).

E se a possibilidade da fala (evidente que a não-neurotizada e com limites na tolerância) e da comprovação de suas razões (ampla defesa) não devem sofrer limites (a não ser que agridam, repito, a liberdade/tolerância — outra vez, retomo López Calera), até o princípio da coisa julgada resta abalado, *enquanto dogma*, posto que ele é o limitador da fala no tempo. Hipóteses existem (em casos limites, é bem verdade) que a coisa julgada não pode estar acima do princípio da possibilidade do falar, via processo.

É que, em verdade, o dogma da coisa julgada põe fim a qualquer possibilidade da renovação da fala. Mas este ponto final da fala só pode ocorrer em situações ético-justas. Se não for com tal atributo não in-

teressa o tempo para a renovação da fala, se eventualmente mal limitada. Afora isso, até mesmo a coisa julgada (fim da fala) ético-justa hoje pode não o ser amanhã, como o progresso da ciência, por exemplo.

Assim, e como exemplo e por exceção (há que se lembrar que a regra para o jurista é atuar na exceção que passa a ser sua regra, já que a regra para a sociedade é as pessoas não chegarem ao judiciário), vale lembrar as ações de investigação de paternidade. Há alguns anos atrás, o conhecimento científico não tinha condições de estabelecer a paternidade. O operador atuava baseado em presunções, ao contrário dos dias atuais quando há como se estabelecer com segurança a paternidade.

Pois bem.

Imagine-se alguém que propôs ação de investigação de paternidade há vinte anos passados. E com base em presunções teve sua demanda julgada improcedente, embora fosse ele realmente filho do investigado. Tudo transitou em julgado. Agora a ciência pode demonstrar que ele realmente tem razão. Há como se limitar a possibilidade da renovação da fala com base no princípio da coisa julgada? Ou se deve dar vazio ao princípio de direito processual da fala nesta situação limite? No cotejo entre os princípios deve vigorar àquele que aponta para o ético-justo, reabrindo-se a fala.

Aliás, é da essência da democracia a possibilidade do homem ser *Ex* (aliás, a psicanálise vai por aí também): ser ex-doente, ex-desonesto, ex-incompetente (sobre o tema ver Jacinto Nelson Miranda Coutinho, “Crônica de uma ex-morte anunciada”, *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 27.6.94, p. 25). E o processo deve permitir esta possibilidade. No caso da ação de investigação acima referida que o autor possa ser ex-sem pai! A própria igreja tem buscado recuperar pessoas que foram injustamente condenadas, mesmo após morte: o dogma da coisa julgada é repudiado (repito em situações limites) até pela instituição centrada em dogmas.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou situação semelhante no atrito entre o princípio da coisa julgada e o princípio da indenização justa nas desapropriações. Ficou com a última superando o dogma da coisa julgada (ver RE nº 111.787.7 — GO, 2ª Turma — DJ, 13.09.1991).

Mas o processo não é local reservado tão-só à fala, mas o local da escuta, do ouvir: aqui o elemento vital do contraditório: fazer com que se possa ser ouvido.

É que de nada adianta possibilitar a fala se não se estabelecer do outro lado a imposição da escuta, já que há uma tendência das pessoas ao monólogo: falam, falam, sem nada ouvir, ou seja, a possibilidade da democracia/autonomia desaparece.

Então, o processo deve impor, aqui via atuação do *Imparcial Ético* Juiz, evidente desde que possível, o elemento vital: a escuta. A desmitificação do processo e da própria audiência são importantes para que as pessoas não se sintam amedrontadas e ameaçadas. O espetáculo deve reduzir a pompa que o caracteriza, para se transformar num local onde o diálogo possa fluir.

Mas a escuta não deve alcançar, como se poderia pensar apressadamente, apenas os litigantes, mas também o próprio juiz, o qual não tem sido treinado à democracia (ouvir/escutar/dialogar) mas à prepotência. Via de regra, ele entra no processo com preconceito de tratar com pessoas de “menor significado”, que nada tem a dizer, mas apenas a ouvir sua “respeitável decisão”.

O processo, instrumento do direito na diretiva da democracia, deve, portanto, estar calcado nestes dois princípios: local da fala e da escuta, os quais são informadores dos princípios, que lhe são secundários, do contraditório e da ampla defesa. E eles têm um norte: a possibilidade das partes, autonomamente, resolverem seus conflitos, reservando-se o ato de império decisional a situação limite ao se verificar o caos da democracia dialogal. Mas ainda assim, o ato decisório deve refletir, ante a impossibilidade da caminhada autônoma, a democracia como imposição de limite ao intolerável.

MINISTÉRIO PÚBLICO: INEXISTÊNCIA DE LEGITIMATIO AD CAUSAM ATIVA PARA A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA

*Antônio Cláudio da Costa Machado**

Resumo: O escopo exclusivo do presente trabalho é a demonstração de que o Ministério Público não está autorizado por nenhuma norma legal a promover ação de dissolução de sociedades anônimas. O exame de muitos textos legais — inclusive do Código de Processo Civil, da Lei das Sociedades Anônimas e, principalmente, do art. 129, III, da Constituição Federal brasileira — revela que a *legitimatio ad causam* ativa para tal ação não é dada em nenhuma hipótese a esta instituição.

Ementa: Ministério Público; legitimidade *ad causam*; ação de dissolução; sociedade anônima, interesses difusos, interesses coletivos.

1. Parecer Solicitado

1.1. Introdução à Consulta

Solicita-nos parecer jurídico a empresa Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., por seus advogados os Doutores Nelson Altmani e Wanderley Bonveti, a respeito da existência ou inexistência de legitimação ativa *ad causam* do Ministério Público para promover ação de dissolução de sociedade anônima e cautelar de busca e apreensão de livros que a ela se atrelou preparatoriamente.

Questiona-nos a consultante, ainda, sobre alguns aspectos específicos relacionados ao tema, para tanto apresentando-nos uma exposição detalhada acerca da causa que reproduzimos de forma concisa como segue.

Segundo nos é documentalmente informado, o Ministério Público do Estado de São Paulo, — por sua Curadoria Fiscal de Massas Falidas,

* Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil na FADUSP. Professor Assistente do Departamento de Direito Processual da FADUSP.

Setor de Liquidações Extrajudiciais — promoveu ação cautelar de apreensão e depósito de livros e documentos em face da consulente, obtendo a concessão da medida liminar que foi regularmente executada. Os fundamentos legais apresentados pelo órgão ministerial naquela ocasião foram, respectivamente, os arts. 798 e 799 do CPC, o art. 1º da Lei 7.913/89 e o art. 129, III da CF. Tempos mais tarde, ajuíza o Ministério Público a ação principal de dissolução de sociedade, agora amparado pelo art. 670 do CPC/39, arts. 145, II e 146 do C.C., art. 206, II, da Lei 6.404/76 e, ainda, pelos arts. 1º da Lei 7.913/89 e 129, III, da CF. Como fundamentos jurídicos alude o *Parquet* a vícios de constituição da S.A. (ausência de capital social), inexistência de objeto social, objeto ilícito, e ou impossível, deduzindo a seguir a sua pretensão de caráter desconstitutivo.

No corpo da peça inicial, somos informados, assevera o Promotor de Justiça oficiante que a Lei 6.024/74 lhe dá legitimação — como substituto processual da coletividade de credores vitimados por atos prejudiciais de administradores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial — para promover ação de responsabilidade civil, bem como arresto, mesmo após a cessação do regime especial e cita os arts. 45, 46 e 49, § 2º da mencionada lei. Argumenta mais que o art. 129, III, ampliou a legitimidade do Ministério Público, permitindo-lhe a defesa de interesses coletivos, o que teria sido confirmado pelo art. 1º da Lei 7.913/89.

Após minuciosa explanação a respeito da origem, constituição e funcionamento da Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., noticiam-nos os advogados subscritores da consulta que em centenas de processos de execução — em que a consulente assumiu o pólo ativo como cessionária de crédito (art. 567, II, do CPC) — interveio a Curadoria de Massas Falidas para impugnar a validade das cessões no que não obteve sucesso, já que era, invariavelmente, excluída da relação processual. Contudo, dada a interposição de incontáveis agravos de instrumento, a mencionada curadoria vem conseguindo sobrestar o andamento das causas por longos períodos de tempo, o que tem causado prejuízos de monta à consulente.

Por fim, informam-nos os procuradores da empresa Dezenove de Novembro que, no processo cautelar instaurado de busca e apreensão, o magistrado veio a proferir sentença de procedência do pedido, figurando dentre os motivos expostos o argumento de que a legitimidade do Ministério Público é patente em razão do interesse público evidenciado pela natureza da lide principal (art. 82, III, do CPC) e também a afirmação de que o *Parquet*, na qualidade de *ombudsman*, está autorizado pelo Código do Consumidor a promover ações para a defesa de interesses transindividuais (art. 81, II, c.c. 92, ambos do C.D.C.).

Em razão de todo o exposto, formulam os advogados da consultante as seguintes questões abaixo elencadas.

1.2. A Consulta nos Exatos Termos em que é Proposta

Tendo em conta a necessidade que temos de não perder de vista nenhum dos aspectos dos questionamentos que nos são apresentados, re-produzimos literalmente as seis indagações formuladas pela consultante, *verbis*:

“1) Encerrada há muitos anos, como se encerrou, a liquidação extrajudicial do Comind, teria o Ministério Público a legitimidade que se arroga, para atuar como substituto processual da coletividade de credores que afirma ter sido prejudicada no acordo que possibilitou o encerramento da liquidação?

2) Cabe ao Ministério Público mover ação civil pública, tal como prevista no mencionado dispositivo constitucional, para a pretendida defesa dos interesses dos acionistas? Em outras palavras, os interesses dos acionistas estariam compreendidos no conceito de ‘outros interesses difusos e coletivos’ independentemente de lei específica?

3) A situação jurídica de acionista guarda alguma relação com a dos titulares de valores mobiliários e investidores do mercado, a quem o art. 1º da Lei nº 7.913 de 1989, dispensa especial proteção por parte do Ministério Público?

4) A hipótese de extinção de sociedade (civil) prevista no art. 670 do Código de Processo Civil de 1939, atribuiria legitimidade ao Ministério Público para pleitear a dissolução da sociedade consultante?

5) Em resumo, por qualquer dos fundamentos invocados, teria o Ministério Público a legitimidade ativa que se arroga?

6) O MM. Juiz e sua sentença na Cautelar: considerações sobre a mesma.”

Por uma questão lógico-metodológica, daremos curso à exposição de nossas idéias sem obediência à ordem das perguntas acima transcritas, que, contudo, receberão respostas objetivas no item 3 deste parecer.

2. Parecer Oferecido

2.1. A Norma Contida no art. 129, III, da CF não é Auto-Applicável

2.1.1. A Questão da Legitimação Ad Causam em Relação aos Interesses Difusos

Desde o momento, há quase duas décadas, em que de forma defini-

tiva ingressou no cenário jurídico a temática relativa aos interesses difusos e sua tutela jurisdicional, que a doutrina vem se empenhando por adequar aos sistemas processuais existentes esta nova categoria de interesses ou direitos.

Dentre as muitas questões levantadas a respeito, uma das que nos chamam à atenção mais intensamente é a que concerne à necessidade de definição legal de quem sejam os legitimados ativos para as assim chamadas ações ideológicas ou coletivas. É que dadas as próprias características de fluidez, desagregação e indefinição subjetiva da titularidade, torna-se delicadíssima a tarefa de se apontar a “justa parte”, assim considerada aquela que legitimamente presente ou represente o interesse difuso em juízo, de sorte a manter intactas as garantias constitucionais do devido processo legal. Daí a extremada importância do critério da “representatividade adequada”, não só a nível de determinação da legitimação como a nível de extensão dos efeitos da sentença e de limites subjetivos da coisa julgada.

Sobre o assunto vale a pena consignar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso extraída de trabalho especificamente dirigido ao tema, *verbis*:

“A ‘justa parte’, em tema de interesses difusos, não pode ser encontrada na relação de titularidade entre autor e pretensão, seja porque os sujeitos concernentes são indeterminados, seja em virtude da própria fluidez do objeto. Também o esquema de legitimação adequado aos interesses coletivos *stricto sensu* não é próprio para o caso dos interesses difusos, porque, naqueles, pode ser adrede estabelecido o órgão ou entidade que terá o poder de agir na justiça em nome desses interesses coletivos, assim ‘organizados’ junto ao seu ‘representante natural’. A questão nodal, quando se trate de legitimação para agir em sede dos interesses difusos, consiste em saber se é possível reconhecer poder de agir a um cidadão, órgão público ou grupo social que se pretendem portadores de certos interesses cuja fluidez e indeterminação não permitem sua afetação a um ‘titular’ exclusivo” (*Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. Tese para livre-docência apresentada à FADUSP, 1985, pág. 128).

Transportando a problemática exposta para a esfera interpretativa do texto constitucional do art. 129, o que se percebe é que o inc. III, particularmente, não esgota a disciplina da legitimação ativa *ad causam* em relação à defesa dos interesses difusos ou coletivos — embora se refira expressamente à legitimação do Ministério Público —, de forma que não pode ser considerada regra auto-aplicável. A disciplina do exercício da ação para a tutela dos interesses transindividuais, assim, depende de lei infra-constitucional por causa desse aspecto específico (a necessidade de perfeita determinação dos legitimados ativos segundo o

critério da “representatividade adequada”), mas também em decorrência de outros, tais como, a necessidade de permitir a participação de terceiros interessados, de regular a dimensão dos efeitos da sentença, da coisa julgada, os objetivos da execução, a relação da causa com as individuais etc.

E tanto é exata a idéia que sustentamos que o próprio § 1º do art. 129 se incumbe de afastar qualquer dúvida quando diz que “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Se o texto afirma que não impede é porque a lei deve disciplinar de maneira completa o assunto, exceto se a própria Lei Maior se reservar tal missão. É curial, portanto, a assertiva de que a defesa dos interesses difusos em juízo não prescinde de regulamentação por lei ordinária em vista da exigência de estarem perfeitamente estabelecidas as fronteiras da *legitimatatio ad causam*.

Nem se argumente, sob o presente ponto de vista, que a Lei 7.347/85 torna auto-aplicável o art. 129, III, da CF. O raciocínio assim expendido padeceria de vício lógico incontornável: é a Lei 7.347/85 que permite o exercício da ação prevista no art. 129, III, em certa medida como veremos, justamente porque a norma constitucional não é auto-aplicável. Também a circunstância da Constituição ser superveniente à lei nada significa, pois foi aquela que deu validade a esta e não esta àquela como ó óbvio (a Constituição é que recepcionou a Lei 7.347/85 e não o contrário, evidentemente).

Mas, no que concerne aos interesses difusos, não é apenas em razão da necessidade de disciplina legal perfeita — sobre a legitimação *ad causam* e aqueles outros aspectos processuais atrás referidos — que afirmamos que a norma do inc. III do art. 129 da CF não é auto-aplicável. Identicamente pelo enfoque estritamente objetivo dos interesses difusos conclui-se por semelhante necessidade de regramento explícito como passamos a expor.

2.1.2. A Necessidade de Expressa Previsão do Objeto do Interesse Difuso para que este Possa ser Tutelado Jurisdicionalmente

Interesses ou direitos difusos e coletivos sempre existiram, sendo reconhecidos em maior ou menor escala pelas leis. A sua abordagem científica, a partir da teoria geral do direito, é que é recente, graças à obra e gênio de Capelletti.

Especificamente no Brasil — e muito antes de qualquer abordagem teórica metodologicamente organizada — várias leis já reconheciam a existência de interesses difusos como, v. g., a Lei de Falências (Decreto-

lei 7.661/45), a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), entre outras, e mais recentemente, a Lei do Direito Autoral (Lei 5.988/73), que permite a defesa de interesses transindividuais, ou a Lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, para citar apenas algumas. O próprio interesse na interdição (art. 608/620 do CPC 39 e art. 1.177/1.186 do CPC 73) é exemplo de reconhecimento de interesses difusos.

O que queremos salientar, neste passo, é que a Lei 7.347/85 — logo chamada de Lei de Ação Civil Pública ou Lei da Proteção aos Interesses Difusos — não corresponde nem ao primeiro, nem ao único texto legal a disciplinar tais interesses, embora tenha indubitavelmente inaugurado um novo estágio da sua tutela no Brasil, não só pela definição de aspectos processuais imprescindíveis a sua jurisdicionalização (como as questões atinentes à legitimação, intervenção, sentença, coisa julgada etc., a que nos referimos no item 2.1.1) como, também, e principalmente, pelo estabelecimento preciso de seu objeto: o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (redação dos incs. I a III do art. 1º da Lei 7.347/85 até a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor).

Quanto ao meio ambiente tem-se afirmado que a Lei 7.347/85 não revogou a Lei 6.938/81, antes complementou-a, de sorte que as duas convivem no sistema jurídico e devem ser interpretadas harmonicamente. No que concerne ao patrimônio cultural é de se observar que semelhante fenômeno é verificado. Os bens de valor artístico, estético, histórico e turístico já eram resguardados pela Lei da Ação Popular (art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65 com redação dada pela Lei 6.513/77) sendo novidade, sob este ponto de vista, apenas a inclusão dos bens de valor paisagístico sob o manto da tutela estabelecida pela Lei de Defesa dos Interesses Difusos. Uma distinção reside na circunstância de que o interesse econômico, também difuso, permaneceu exclusivamente resguardado pela Lei 4.717/65 (art. 1º, *caput*, e não pela Lei 7.347/85. O que importa ressaltar, então, é que o grande mérito desta última esteve justamente no fato de ter ampliado o campo da legitimidade ativa, dando-a ao Ministério Público e às pessoas jurídicas mencionadas no seu art. 5º; o cidadão permanece autorizado, mas apenas a promover a ação popular para a defesa daqueles mesmos bens e valores (neste sentido, Hugo Nigro Mazzili, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, RT, 1988, págs. 24 e 29).

Já no que diz respeito à defesa do consumidor grandes questionamentos doutrinários sobrevieram à aparição no cenário jurídico da Lei 7.347/85. Dentre elas chegou-se mesmo a discutir que eficácia prática teria a lei, quanto ao consumidor, dada a abstração e indefinição objetiva do interesse; perguntava-se, em outras palavras, que interesses efetivamente estariam abrangidos pela tutela legal.

Sobre a dúvida assim se manifestou Hugo Nigro Mazzilli — três anos após a entrada em vigor da lei — e cujas palavras merecem consignação:

“Afora a hipótese de defesa difusa do consumidor lesado por propaganda irregular — onde é indiscutível a incidência da tutela da Lei 7.347/85. — no campo da reparação do dano é possível surgir controvérsia sobre o cabimento da ação coletiva ou ideológica, não para buscar a indenização por danos individuais e variáveis de consumidores determinados (o que já se viu ser incabível), mas mesmo para obter reparação patrimonial por prejuízos sofridos por contingente avantajado e fragmentariamente disperso, que tenha sofrido lesões individuais” (op. cit. pág. 28).

Em nota de rodapé ao texto transcrito, cita o eminente Promotor de Justiça a autorizada observação de Ada Pellegrini Grinover cuja reprodução nos reservamos o direito de realizar, *apud*:

“... a defesa dos consumidores coletivamente considerada, ficará portanto naturalmente limitada, pela nova lei às ações preventivas, que visem à tutela inibitória, mediante a consideração a uma obrigação de fazer ou não fazer. No campo da indenização coletiva, poder-se-ia pensar nas despesas necessárias a uma contra-propaganda com a finalidade de neutralizar a propaganda enganosa ... Mas será difícil ir além, não só pela omissão da lei quanto ao delicado problema da avaliação do prejuízo sofrido por inúmeros e incontáveis consumidores e da repartição da indenização entre os mesmos” (Ada Pellegrini Grinover, *apud* Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, op. cit. págs. 28/29).

Estas e outras considerações de juristas de renomada reputação intelectual acerca da insuficiência do inc. I do art. 1º da Lei 7.347/85 para a tutela do consumidor — ante a falta de objetiva definição dos interesses concretamente defensáveis — só poderiam mesmo desaguar, como desaguar, na criação de uma lei específica para o tema, o que se tornou realidade com o início da vigência da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Ora, tudo o que acabamos de expor nos conduz à conclusão inequívoca de que a tutela dos interesses difusos depende antes de tudo de uma perfeita definição legal do objeto do interesse a ser defendido e num segundo momento, da exata definição das partes legitimadas e outras garantias processuais. Dizemos num segundo momento porque é inútil dar legitimação a quem quer que seja para a instauração de um processo perfeitamente adequado à discussão de interesses difusos se o próprio interesse difuso, objeto da ação, não se encontra nítida e objetivamente caracterizado. Quanto ao meio ambiente, por exemplo, o art. 3º, I, da Lei 6.938/81 o define com clareza, o art. 14, § 1º, institui a responsabili-

dade objetiva expressamente, de sorte que somada a caracterização material do interesse (direito substantivo) ao arcabouço processual adequado da Lei 7.347/85 (direito processual — só a norma do art. 1º e seus incisos é material) resulta a viabilidade da defesa do interesse difuso. O mesmo se diga em relação à proteção do patrimônio cultural (art. 1º, III, da Lei 7.347/85), já que a doutrina tem plenas condições de interpretar o que sejam bens de valor artístico, estético, histórico etc. Já quanto à proteção do consumidor (art. 1º, II, da mesma lei), como visto, não era e não foi suficiente a singela cláusula “consumidor”; lei superveniente precisou, de forma expressa e minuciosa, estabelecer quais eram os interesses difusos concretamente tutelados (a Lei 8.078/90 institui precipuamente o direito material do consumidor). Observe-se que a defesa do consumidor contra a propaganda irregular, mesmo antes da Lei 8.078/90 — a que aludem Hugo Nigro Mazzilli e Ada Pellegrini Grinover (op. cit. do primeiro jurista, págs. 28/29) —, só era viável dada a existência de quase duas dezenas de textos legais que expressamente vedavam a sua prática. Em outros termos, os interesses difusos, neste caso encontravam na lei a perfeita caracterização do seu objeto e, por isso, tornavam-se jurisdicionalmente tuteláveis.

Assim, não resta dúvida que para se falar em defesa de interesse difuso é necessário, em primeiro lugar e antes de tudo, que a lei reconheça a sua existência e o caracterize objetiva e expressamente (direito material) e, em segundo, que a mesma lei, ou outra, defina a legitimação para a sua persecução judicial e regras procedimentais adequadas a este fim (direito processual). Em suma, a defesa dos interesses difusos depende de expressa previsão legal sobre o que seja, ou qual seja, exatamente o objeto do interesse difuso que em juízo se busca defender.

Mas, o que tem toda essa problemática exposta a ver com o texto do inc. III do art. 129 do CF? Tudo.

Se a tutela jurisdicional do interesse difuso depende de previsão objetiva do seu objeto (norma de direito material que expressamente o reconheça) é mais do que evidente que a genérica cláusula “outros interesses difusos e coletivos”, estampada no inc. III do art. 129 da CF, não tem por si só o condão de permitir o reconhecimento do objeto do interesse que se quer resguardar. Por este motivo, também, fica o intérprete legitimamente autorizado a afirmar que a regra constitucional em questão não é auto-aplicável.

Afinal de contas, a que ou a quais “outros interesses difusos e coletivos” se refere a Lei Maior? Resposta: àqueles que, nos termos da legislação infra-constitucional, venham a ser expressamente reconhecidos e caracterizados. Portanto, a norma do inc. III do art. 129 da CF, por si mesma, não se presta, em absoluto, a justificar a existência de nenhum interesse difuso ou coletivo, além daqueles nela própria reconhecidos

(patrimônio público e social e meio ambiente). A grande relevância jurídica da regra reside em outro nível, qual seja, o de permitir que “outros interesses difusos e coletivos”, a serem definidos em lei, insistimos, sejam entregues à tutela do Ministério Público por via de ação. Daí, a plena constitucionalidade, v. g., da própria Lei 7.347/85, que recepcionada pela nova ordem, prevê a legitimação do *Parquet* para a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público e social (art. 1º, I a III).

O próprio desenvolvimento da legislação brasileira sobre interesses difusos a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 corrobora integralmente o que dizemos: a Lei 7.853/89 reconhece expressamente os “interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência”, legitimando o Ministério Público (art. 3º, *caput*); e a Lei 7.913/89 estabelece a tutela dos interesses difusos relacionados com “os titulares de valores mobiliários e ... investidores do mercado” (art. 1º, *caput*). O surgimento destas leis significa exatamente o que afirmamos: a norma do inc. III do art. 129 da CF não é auto-aplicável e corresponde apenas à autorização para que leis infra-constitucionais reconheçam “outros interesses difusos e coletivos” e dêem legitimação ao Ministério Público.

Em conclusão, a prescrição contida no inc. III do art. 129 da Constituição Federal de 1988 não dá legitimação *ad causam* ativa ao Ministério Público para defender “outros interesses difusos e coletivos” independentemente de lei específica que os reconheça expressa e objetivamente.

2.2. A Norma Contida no Art. 1º, inc. IV, da Lei 7.347/85, em sua atual Redação, também Depende de Regulamentação Expressa

Firmada a premissa que assentamos no item 2.1.2 *retro*, em relação ao texto do inc. III do art. 129 da CF, precisamos agora verificar se a mesma idéia — qual seja, a necessidade de previsão legal expressa do objeto do interesse difuso para que este seja considerado tutelável jurisdicionalmente — tem aplicação à lei infraconstitucional.

Embora já tenhamos respondido afirmativamente à questão no item 2.1.2, parece-nos importante reprisar o argumento para que não remaneçam dúvidas caso se argumente em sentido contrário com base na atual redação do inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85.

Do Projeto da Lei da Ação Civil Pública, apresentado ao Presidente da República para sanção em 1985, constava, no inc. IV do art. 1º, a cláusula “como a qualquer outro interesse difuso”. Este dispositivo foi vetado pelo Chefe do Executivo sob os seguintes argumentos em síntese:

“A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Proje-

to mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente”.

“É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise...”

“É importante, neste momento, que... a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais.”

“Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa” (*apud* Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, op. cit. pág. 122).

Ocorre, entretanto, que, sobrevindo a Constituição Federal de 1988, cláusula muito semelhante acabou sendo inserida no texto do inc. III do art. 129, de modo que se reabriu a discussão sobre o tema. E não é só. Recentemente, o art. 110 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) instituiu a restauração da redação original do inc. IV do art. 1º do Projeto da Lei da Ação Civil Pública, dizendo:

“Art. 110 — Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

‘IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’.”

Estaria restabelecido o fantasma que tanto assustou o Presidente da República em 1985? É evidente que não.

Como tivemos a oportunidade de salientar anteriormente, só é possível cogitar de defesa de interesses difusos ou coletivos que tenham na Constituição ou na lei expresso reconhecimento, objetiva caracterização, sob pena de cair no vazio qualquer tentativa de defesa judicial pelo simples fato de não existir direito material a defender por ação.

Foi exatamente o que ocorreu, antes do ano em curso (1991), em relação ao direito do consumidor que, afora a hipótese de propaganda irregular, não pode ser exercitado com eficácia por falta de definição do seu objeto. Daí, a necessidade de que uma lei específica fosse criada, o Código de Defesa do Consumidor (sugerimos a leitura do que escrevemos no item 2.1.2 *retro* e das citações dos juristas Hugo Nigro Mazzilli e Ada Pellegrini Grinover sobre o assunto). Quanto à proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, o problema não se colocou porque as Leis 6.938/81 (que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente) e 4.717/65 (a Lei da Ação Popular) continham suficiente substrato de direito material para dar concreticidade aos interesses difusos que a Lei 7.347/85 queria tutelar.

Destarte, o fato de o Código de Defesa do Consumidor ter instituído o inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85 e a previsão relativa “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, não permite nenhuma ilação diferente

daquela que expusemos quanto à semelhante cláusula contida no inc. III do art. 129 da Constituição. Vale dizer, para que se possam tutelar outros interesses difusos e coletivos, além dos expressamente consignados no texto constitucional e nas leis já existentes, imprescindível sempre será que novas normas jurídicas materiais (ou materiais e processuais) venham a ser editadas pelo legislador constitucional ou ordinário.

Na verdade, à luz do posicionamento doutrinário acima exposto, o que se percebe é que a preocupação expressa pelo veto presidencial ao inc. IV do art. 1º do Projeto de 1985 teve uma conotação muito mais política do que técnica, porque ainda que tivesse prevalecido o texto original, os intérpretes da lei (doutrina e jurisprudência) teriam colocado a questão nos seus termos próprios. Seja como for, o veto se justificou plenamente, ao nosso ver, porque procrastinou mais de três anos uma discussão que naquele momento só teria fomentado empecilhos à aplicação da lei recém-chegada.

Portanto, também sob o prisma da redação atual do inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85, vale perfeitamente o postulado de que outras leis precisarão surgir para dar concreticidade (existência no plano do direito material) aos outros interesses difusos e coletivos nela previstos. Aliás, a própria entrada em vigor das Leis 7.853/89 e 7.913/89 revela a exatidão da postura interpretativa que sustentamos.

2.3. Da Inexistência de Legitimação Ad Causam Ativa do Ministério Público para Promover Ação de Ressarcimento após a Cessação de Liquidação Extrajudicial de Instituição Financeira

2.3.1. Introdução

Partindo da premissa de que o Ministério Público — malgrado a aparente abertura do art. 129, III, da CF e do art. 1º, IV, da Lei 7.347/85 — só pode defender, por ação, interesses difusos e coletivos expressa e objetivamente consagrados pela lei (direito material) e desde que esta mesma lei, ou outra, lhe confira legitimação para tanto em processo adequado (direito processual), procuremos examinar agora as previsões dos arts. 45, 46 e 49, § 2º, da Lei 6.024/74 para que concluamos pela legitimidade ou ilegitimidade do Ministério Público para as ações nela esculpidas.

Deixando de lado toda e qualquer discussão sobre a natureza ordinária ou extraordinária da *legitimatío ad causam* do *Parquet* para a propositura da ação civil pública — que no momento pouca importância tem — fixemos nossa atenção nos limites estabelecidos pela Lei 6.024/74 para o exercício do direito de ação pelo Ministério Público e nos

motivos (a *ratio*) da instituição destes limites.

2.3.2. *A Ratio da Atuação do Ministério Público nas Liquidações Extrajudiciais de Instituições Financeiras*

Em longo trabalho de nossa autoria a respeito da intervenção do Ministério Público no processo civil, sustentamos veementemente a viabilidade de se compreender toda a atuação do *Parquet* (por ação, intervenção ou mesmo algumas atividades administrativas) à luz de um fundamento técnico-jurídico único. Após muita pesquisa e meditação acerca de todas as funções processuais do Ministério Público, chegamos à conclusão de que tudo, em relação a esta instituição, gravita em torno da categoria jurídica dos interesses ou direitos indisponíveis. Em poucas palavras, afirmamos que o Ministério Público existe por causa do fenômeno da indisponibilidade dos direitos (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 43/66, 313/413).

A tal realidade não escapa o procedimento administrativo das liquidações extrajudiciais de instituições financeiras que, ontologicamente, não passa de um processo de falência conduzido pelo Banco Central do Brasil (art. 1º, 15 e segts. e, especialmente, 34 da Lei 6.024/74). O fundamento da intervenção do *Parquet*, bem como das ações ligadas a este procedimento, portanto, se explicam pela presença de interesses indisponíveis envolvidos no fenômeno da liquidação. A respeito da *ratio* da intervenção da Curadoria Fiscal de Massas Falidas, especificamente, assim nos manifestamos:

“O fundamento da intervenção do Ministério Público no processo de insolvência civil ou comercial — já tivemos a oportunidade de ver anteriormente — é o interesse público traduzido pela necessidade de se proteger o crédito como instituição, como viga mestra sobre a qual repousa toda a estrutura econômica hodierna. A idéia básica em que se assenta a *ratio* da indisponibilidade de interesses que justifica a atuação em exame está no fato de que só numa sociedade onde se resguardem os interesses dos que confiam nos tomadores de dinheiro, onde sejam seguras as relações negociais, é possível florescer a atividade de produção e circulação de riquezas, fenômenos essenciais à manutenção e ao desenvolvimento do Estado. São esses, portanto, os motivos que levam a ordem jurídica a criar interesses indisponíveis vinculados ao fenômeno do crédito como o imiscuido no reconhecimento judicial da insolvência do devedor e o de se assegurar, na execução universal que se instaure, a igualdade entre os credores. Daí, também, a necessidade de a lei processual exigir a intervenção do Ministério Público para atuar como *custos*

legis nos processos em que tais interesses estejam envolvidos.”

E mais à frente concluímos:

“Vê-se, assim, que a função exercida pelo curador fiscal de massas falidas se funda primordial e inexoravelmente no interesse público, indisponível, de que seja saneado o meio econômico pela eliminação do devedor realmente insolvente e de que se assegure a satisfação dos interesses dos credores segundo a estrita observância dos preceitos que regulam o procedimento da execução universal.” (*A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, op. cit. pág. 433).

São em linhas gerais estes dois escopos que também legitimam a presença do *Parquet* no procedimento de liquidação extrajudicial: a necessidade de sanear o meio econômico pela eliminação de instituição financeira inidônea (v. art. 15 da Lei 6.024/74); e a exigência de assecuração dos interesses dos credores (v. arts. 20/34 da mesma lei).

Quanto a este segundo aspecto referido, parece-nos extremamente significativo salientar que o fundamento do decreto de cessação do regime de liquidação, segundo o disposto na alínea “a” do art. 19 da Lei 6.024/74, corresponde justamente à presunção de ausência de prejuízo para os interessados. O que o art. 19, “a”, nos mostra inequivocamente é que desaparecendo o risco de lesão — pela composição dos credores no sentido de dar seguimento às atividades da empresa — deixa de haver motivo para a permanência do regime especial. Ou seja, extingue-se a liquidação quando se esvai a exigência de assegurar a satisfação dos interesses dos credores, o que significa o aniquilamento de um dos alicerces da indisponibilidade e, via de conseqüência, da legitimidade do Ministério Público para continuar agindo em juízo.

Como bem observa Vicente Greco Filho — conceituado Procurador da Justiça e Professor Associado a quem assistimos na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco —, cessada a liquidação:

“... as questões remanescentes tornam-se individuais, em relação às quais cada um tem sua legitimação específica para discuti-las.

A Jurisprudência tem sufragado esse entendimento (por todos, RTJSP 93/262).

Não cabe, *in casu*, discutir as razões que levaram o Banco Central a levantar a liquidação, porque isso escapa à esfera de atribuições do Ministério Público” (Parecer exarado nos autos da Apelação Cível nº 112.599-1 do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Em outros termos, é justamente por causa do desaparecimento do interesse indisponível — ou, como tantas vezes diz a lei, “interesse público”, que justifica a atuação, sob qualquer forma, do *Parquet* — que também desaparece a legitimação *ad causam* ativa do órgão ministerial para poder prosseguir exercendo as ações ajuizadas anteriormente, na pendência da liquidação extrajudicial. Cessada esta os interesses e direi-

tos dos credores tornam-se automaticamente disponíveis, o que inviabiliza a continuidade do ofício ministerial que só tem razão de ser em virtude da liquidação mesma e dos interesses indisponíveis neste fenômeno imiscuídos. E sob o prisma estritamente técnico-processual o que acontece é que para obter o Ministério Público um provimento de mérito no processo indenizatório, v. g., é necessário que a instituição tenha tido legitimidade não só no momento da propositura da demanda, como também, e imprescindivelmente, no instante do proferimento da sentença (neste sentido, Claudio Ferraz de Alvarenga, parecer publicado in: *Revista Justitia*, vol. 124, págs. 253/280).

2.3.3. *Os Limites da Legitimação Ativa Ad Causam do Ministério Público pela Lei 6.024/74*

Mas, ainda que por mero amor ao argumento, se pudesse admitir que a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público permanece após cessado o regime de liquidação extrajudicial, mesmo assim, na hipótese concreta que nos é submetida à apreciação, nem por absurdo se poderia admiti-la. Senão vejamos.

O art. 45 da Lei 6.024/74 dá ao Ministério Público o poder-dever de promover ação “cautelar de seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tinham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no art. 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade”. Ora, o texto é claríssimo quanto à ação principal a ser resguardada pela medida cautelar de seqüestro (arresto, na verdade): a ação de indenização pelos prejuízos causados pelos ex-administradores, a ser proposta pelo *Parquet* em face destes no prazo de trinta dias da efetivação do arresto como prevê o parágrafo único do art. 46 da mesma Lei 6.024/74. A legitimação ministerial fundada nesta lei compreende, portanto, a propositura da ação cautelar preparatória de arresto de bens de ex-administradores, o ajuizamento da ação de conhecimento condenatória (indenizatória) pelos prejuízos causados e, também, como é lógico, a iniciativa da ação de execução fundada na sentença ou acórdão que defina positivamente a responsabilidade dos ex-administradores. Quanto a esta última, não porque a própria Lei 6.024/74 preveja (art. 49 é omissivo), mas dada a normatividade genérica do art. 566, II, do CPC que dá legitimidade para execução ao Ministério Público automaticamente, toda vez que uma lei qualquer lhe outorgue legitimação para a ação de conhecimento. Mas é só! Nenhuma outra autorização além destas pode ser extraída do texto!

O resultado do cotejo deste arcabouço interpretativo da Lei 6.024/74 com a situação concreta que nos foi apresentada, causa-nos enorme perplexidade: ultrapassa qualquer limite de razoabilidade e bom senso a constatação de que uma ação de dissolução de sociedade anônima foi

proposta com fundamento legal no disposto nos arts. 45, 46 e 49, § 2º, da Lei da Liquidação das Instituições Financeiras. O argumento apresentado pela Curadoria Fiscal das Massas Falidas no sentido de que o Ministério Público detém, pela Lei 6.024, a qualidade de substituto processual — da coletividade de credores vitimados por prejuízos causados por administradores de instituição financeira sob liquidação, — para justificar a ação de dissolução proposta é de todo inadequado.

Uma coisa é afirmar que a Lei 6.024 dá legitimação extraordinária ao Ministério Público para responsabilizar ex-administradores de instituições financeiras sob regime de liquidação; outra, completamente diferente, é defender a idéia de que esta mesma lei dá legitimação extraordinária ao *Parquet* para dissolver uma sociedade anônima. A primeira assertiva é correta porque interpretada literal e sistematicamente a Lei 6.024 a conclusão a que se chega é a de que é isto mesmo que ela diz. Agora, a segunda, nenhum vínculo tem, quer com a *mens legis*, quer com a técnica processual para legitimar o Ministério Público (art. 6º c.c. 81, ambos do CPC), quer com o bom senso do mais humilde intérprete da Lei 6.024/74.

E mais, que se fale em substituição processual, como sinônimo de legitimação extraordinária, genericamente, vá lá, mas que se fale em substituição “da coletividade de credores vitimados”, isto mostra inequívoco desconhecimento de que a *ratio* das funções ministeriais no procedimento de liquidação é a mesma da atuação do *Parquet* no processo falimentar, qual seja, o interesse público (ou interesse indisponível, diríamos nós) de sanear o meio econômico pela eliminação do devedor inadimplente, o que só secundária e reflexamente se traduz na defesa dos interesses dos credores e, assim mesmo, por causa da necessidade de resguardar a *par conditio creditorum*.

Portanto, é preciso ficar claro, de uma vez por todas, que o Ministério Público não tem, com jamais terá, em sua vocação institucional, a defesa de “coletividade de credores” pura e simplesmente, porque este fenômeno não passa de uma somatória de interesses privados e disponíveis; pelo contrário, ao Ministério Público cumpre a tutela de valores muito mais altos, de interesses que transcendem os indivíduos ou grupos: os interesses indisponíveis da sociedade.

Logo, é evidente que o Ministério Público não pode promover ação de dissolução de sociedade anônima fundado na Lei 6.024/74.

2.4. A Inexistência de Legitimação Ativa Ad Causam do Ministério Público para Promover ação de Dissolução de Sociedade Anônima pela Lei 6.404/76

De acordo com os termos da consulta que nos é feita e a documenta-

ção dos autos que nos foi apresentada, um dos argumentos expendidos pela Curadoria Fiscal de Massas Falidas para justificar sua pretensão legitimidade para a ação de dissolução de sociedade seria o disposto nos arts. 206, II, e 209, II, da Lei das Sociedades Anônimas. Enfrentemos a questão.

Dispõe o art. 206 da Lei 6.404/76:

“Art. 206 — Dissolve-se a companhia:

I — de pleno direito...

II — por decisão judicial:

a) quando anulada a sua constituição, *em ação proposta por qualquer acionista*;

b) quando provada que não pode preencher o seu fim, *em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social*;

c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei;

III — por decisão de autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.”

Já o art. 209 expressamente reza:

“Art. 209 — Além dos casos previstos no nº II do art. 206, a dissolução será processada judicialmente:

I — *a pedido de qualquer acionista, se os administradores ou a maioria de acionistas deixarem de promover a liquidação*, ou a ela se opuserem, nos casos do nº I do art. 206;

II — *a requerimento do Ministério Público, à vista de comunicação da autoridade competente, se a companhia nos 30 (trinta) dias subsequentes à dissolução, não iniciar a liquidação* ou se, após iniciá-la, interrompê-la por mais de 15 (quinze) dias, no caso da alínea “c” do nº I do art. 206.” (grifos nossos)

Embora enfadonha a reprodução literal dos dispositivos *sub apretiationis*, fizemos questão de assim fazer — grifando seus aspectos normativos mais importantes —, apenas para ressaltar a circunstância de que eles falam por si mesmos e dispensam maiores esforços exegéticos.

O confronto entre as prescrições transcritas deixa clara, em primeiro lugar, que a legitimação *ad causam* é disciplinada de maneiras diferentes, quer se trate de ação para dissolução da sociedade (art. 206), quer se trate de pedido de liquidação (art. 209). E isto porque se trata de dois fenômenos distintos. Como bem salienta Darcy Arruda Miranda Júnior:

“A dissolução é o início do processo extintório, que se consuma com o encerramento da liquidação, ou seja, com a extinção da companhia... O início da liquidação não é uma consequência necessária da dissolução. Depende da iniciativa de quem de direito, embora não possa ser obstada, ressalvada qualquer exceção legal. Assim, nos casos de dissolu-

ção de pleno direito, pode qualquer acionista pedir que ela seja processada judicialmente” (*Breves Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, São Paulo, Saraiva, 1977, págs. 288 e 292).

Muito bem, posta a distinção, é indubitável que para a ação de dissolução de sociedade anônima não tem legitimidade o Ministério Público porque esta matéria é da alçada exclusiva dos acionistas (alíneas “a” e “b” do inc. II do art. 206) ou efeito da decretação da falência (alínea “c”), cuja iniciativa também é estritamente privada (dos credores, art. 1º, 2º e 9º, III, da Lei de Falências; do cônjuge, herdeiro do devedor ou inventariante, art. 9º, I; ou do sócio comanditário ou mesmo do próprio acionista de sociedade por ações, art. 9º, II). Quisesse a lei reconhecer o direito do Ministério Público de imiscuir-se na vida societária e teria expressamente legitimado a instituição para a ação desconstitutiva (art. 81 do CPC). Se não o fez foi porque evidentemente não vislumbrou nenhum interesse indisponível (ou interesse público) a ser resguardado.

Já quanto ao pedido de liquidação, a situação é completamente diferente. Estabelece-se, em primeiro lugar, a legitimidade ativa do Ministério Público porque a lei reconhece a conveniência social de que o Estado tome a iniciativa da liquidação na particularíssima hipótese do próprio Poder Judiciário já ter decretado a dissolução (art. 209, II, primeira parte). Ou seja, porque o Estado-Juiz já dissolveu a sociedade, não pode a lei esperar exclusivamente dos interessados privados a iniciativa da liquidação, de sorte que legitima o Estado-Ministério Público a instaurá-la. O interesse que até o momento do decreto de dissolução era privado, transmuda-se em público, haja vista que passa a interessar à sociedade a consumação da extinção da empresa sentenciada. Em segundo lugar, reconhece a lei o interesse público na hipótese, identicamente especial, da liquidação ter sido instaurada por causa da extinção da autorização para funcionamento (sem prévia ação desconstitutiva, já que se trata de caso de dissolução de pleno direito conforme a alínea “e” do inc. I do art. 206) e sobrevir inércia dos requerentes originários por mais de quinze dias (art. 209, II, 2ª parte). Também aqui, o que justifica o interesse público ou interesse indisponível é a conveniência para a sociedade de que efetivamente se consume a extinção de uma empresa que não tem mais autorização do próprio Estado para funcionar. E se o Estado não autoriza mais o exercício da sua atividade, nada mais lógico do que a lei conferir legitimação ao Estado-Ministério Público para prosseguir na liquidação caso os interesses privados quedem inertes quanto ao impulso do processo.

Vê-se, assim, que a vontade da Lei 6.404/76 foi inequivocamente a de só legitimar o Ministério Público para a liquidação e não para a ação de dissolução de sociedades anônimas e mesmo assim, quanto à priméria, sob a forma de legitimação subsidiária, dada a necessidade de omissão

dos legitimados originariamente. Os textos dos arts. 206, II, e 209, II, interpretados literal, sistemática ou teleologicamente, não permitem, sob pretexto algum, conclusão diferente, sob pena de subversão da ordem jurídica material e processual que exige legitimação expressa para o Ministério Público promover qualquer ação a teor do art. 81 do CPC.

2.5. *Da Inexistência de Legitimidade Ativa Ad Causam do Ministério Público para a Dissolução de Sociedade Anônima pelo Art. 670 do CPC de 1939*

Também do exame da normatividade contida no procedimento especial “Da Dissolução e Liquidação das Sociedades” — disciplinado pelos arts. 655 a 674 do CPC/39, ainda em vigor *ex vi* do disposto no art. 1.218, VII, da Lei 5.869/73, o CPC/73 — não é possível extrair a legitimidade do Ministério Público para promover ação de dissolução de uma sociedade anônima.

O art. 670 do CPC/39, invocado pela Curadoria Fiscal de Massas Falidas na hipótese concreta sob apreciação, é claríssimo quanto aos limites da legitimação outorgada ao Ministério Público, *verbis*:

“Art. 670 — A *sociedade civil* com personalidade jurídica que promover *atividade ilícita* ou *imoral*, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do *órgão do Ministério Público*.” (grifos nossos)

Como se vê, a *legitimatío ad causam* do órgão ministerial é restrita expressamente pela lei à hipótese de sociedade civil e não de qualquer sociedade e, ainda mais, é limitada também quanto aos próprios fundamentos jurídicos dedutíveis: promoção de atividade ilícita ou promoção de atividade imoral.

Mas não é apenas sob o prisma da interpretação literal do art. 670 que se conclui pela limitação afirmada. Dois outros dispositivos pertencentes ao mesmo corpo disciplinar nos revelam, à sociedade, a correção desse entendimento:

“Art. 655 — A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei ou no contrato social, poderá ser declarada, a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial.”

Ainda que a regra transcrita tenha por escopo regulamentar tanto a legitimidade para a dissolução propriamente dita (art. 656, § 2º), como para a liquidação na hipótese de dissolução de pleno direito (art. 656, § 1º), a circunstância normativa que nos parece importante está no fato deste art. 655 ter feito expressa alusão às duas modalidades de sociedade: “sociedade civil, ou mercantil”, legitimando qualquer interessado. Este detalhe do comando legal é relevantíssimo, porque dele se extrai a

conclusão de que se fosse da vontade da lei estender a legitimação do *Parquet*, para a ação de dissolução, às sociedades mercantis, o art. 670 o teria feito em termos expressos. Se não fez foi porque desejou realmente limitar a ação do Ministério Público às sociedades de natureza civil.

Contudo, este não é o único argumento exegético que o sistema da “Dissolução e Liquidação das Sociedades” nos oferece, porque se o art. 655 se localiza no plano do regramento geral — dissolução indistinta das sociedades, art. 1.399 do C.C. e 335 e 336 do C. Com. — o art. 674 prevê a dissolução de uma particular modalidade de sociedade comercial, dizendo:

“Art. 674 — A dissolução das sociedades anônimas far-se-á na forma do processo ordinário.”

A despeito da norma não se ocupar do tema legitimação, ela é significativa como elemento lógico corroborador da afirmação de que o Ministério Público só pode promover ação para dissolver sociedade civil. É que a dissolução das sociedades em geral e a legitimação em geral é tratada pelo art. 655 (“qualquer interessado”); a dissolução de sociedade civil por atividade ilícita ou imoral, especificamente, e a legitimação diferenciada (“qualquer do povo” ou Ministério Público) é tratada pela regra especial do art. 670; e a dissolução da sociedade anônima é deixada à disciplina da lei própria pelo art. 674, ressaltado apenas o aspecto procedimental no sentido de que não será o da Dissolução e Liquidação das Sociedades, exceto em caso de liquidação estritamente (art. 674 *in fine*). Quanto a esta última, tanto é assim que Carvalho Santos, comentando a parte final do art. 674, nos idos de 1940, já afirmava:

“Isto, é claro, quando judicial for a liquidação, porque da outra forma, as regras a serem observadas são as compendiadas nos decretos nº 434, de 4 de julho de 1891 e 8.821, de 30 de dezembro de 1882.

A matéria da liquidação das sociedades anônimas passou a ser regulada pelo decreto-lei nº 2.267, de 26 de setembro de 1940, que prescreve...” (*Código de Processo Civil Interpretado*, Rio, Freitas Bastos, 1940, vol. VII, pág. 361).

Em suma, não só a interpretação literal do art. 670, como também a sua própria ubicação no sistema do procedimento especial da “Dissolução e Liquidação das Sociedades”, deixa clara a idéia de que o Ministério Público não dispõe de *legitimatío ad causam* ativa para a propositura de ação de dissolução de sociedade anônima.

2.6. O Ministério Público e a Lei 7.913/89

2.6.1. Da Tutela Jurídica Dicotômica Imposta ao Sistema Financeiro Nacional e a Lei 7.913/89

O sistema financeiro brasileiro é, na esteira das concepções norte-a-

mericanas, dividido em quatro compartimentos distintos: o mercado de crédito; o mercado monetário; o mercado cambial; e o mercado de capitais. No mercado de crédito são realizados financiamentos, por intermédio de instituições financeiras, de médio ou curto prazo, dirigido aos consumidores em geral ou às empresas que necessitam de capital de giro. No mercado monetário, ou *open market*, realizam-se operações de curtíssimo prazo com títulos públicos ou privados disciplinados pela C. M. N.; pela emissão dos primeiros o Banco Central controla a liquidez da economia. Já no mercado cambial, realizam as instituições financeiras autorizadas operações de curto prazo, mas tendo por objeto moeda estrangeira. E, finalmente, no mercado de capitais, ou mercado de valores mobiliários, as operações que se realizam, embora não tenham natureza propriamente creditícia, mas de participação, servem para dirigir recursos para as empresas sob a forma de capital de risco, o que se dá por meio de emissão e compras e vendas públicas de ações fundamentalmente.

Sob o ponto de vista da tutela dispensada ao sistema financeiro pela ordem jurídica vigente, relevantíssima se torna a compartimentalização instituída, posto que todas as operações que têm lugar nos mercados de crédito, monetário e cambial, são objeto de exclusiva fiscalização do Banco Central (Leis 4.595/64 e 4.728/65), enquanto que as operações que têm lugar no mercado de capitais são objeto de fiscalização realizada pela Comissão de Valores Mobiliários (Leis 6.385/76 e 6.404/76).

Esta dicotomia institucional a nível de proteção jurídica não pode deixar de ser levada em conta quando se tencione interpretar a Lei 7.913/89 e seu art. 1º que reza:

“Art. 1º — Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários — C. V. M., adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de: ...”

Deixando de lado qualquer consideração específica a respeito dos fatos que autorizam a propositura de ação pelo Ministério Público em defesa do mercado de valores mobiliários (incs. I, II e III do art. 1º da Lei 7.913/89), é necessário, desde logo, explicitar o postulado básico que deve permear toda tentativa de interpretação deste novo texto: trata-se de lei que reconhece a existência de interesses difusos e coletivos indisponíveis envolvidos no funcionamento do mercado de capitais e que, por isso, legitima o Ministério Público a defendê-los em prol da integridade e credibilidade deste mercado exclusivamente.

O que queremos dizer é que a Lei 7.913/89 não se presta à tutela do sistema financeiro como um todo, mas apenas do segmento denominado

mercado de capitais, uma vez que os outros mercados (de crédito, monetário e cambial) têm no Banco Central do Brasil seu único e legítimo tutor, pelo menos segundo a ordem jurídica vigente.

2.6.2. Do Perigo de se Interpretar o Art. 129, III, da CF, e o Art. 1º, IV, da Lei 7.347/85 como Normas Abertas (A Repercussão a Nível da Lei 7.913/89)

Como tivemos a oportunidade de examinar e concluir no item 2.1. retro, o art. 129, III, da CF não é auto-aplicável.

Na verdade, para a própria garantia da estabilidade da ordem constitucional e legal, mais do que recomendável, é absolutamente imprescindível que se interprete com restrições a cláusula “outros interesses difusos e coletivos”. “Outros interesses difusos e coletivos” são apenas aqueles que a própria Lei Maior reconhece ou que leis infraconstitucionais venham expressamente a reconhecer. E esta tem que ser também a linha interpretativa que deve conduzir a análise do inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85 que, sob este ponto de vista, não é, identicamente, auto-aplicável.

Portanto, “outros interesses difusos e coletivos” são somente aqueles que recebem da lei reconhecimento explícito, porque, do contrário, não será mais o Poder Legislativo quem instituirá os interesses juridicamente tuteláveis, mas o Ministério Público (num primeiro momento) ou o Poder Judiciário (num segundo momento) segundo a própria e íntima convicção que tenham os órgãos destas instituições acerca do que sejam interesses difusos e coletivos.

Tal concepção afronta o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes consagrado no art. 2º da CF, porque torna o Poder Judiciário legislador e o Ministério Público um quarto Poder do Estado.

Todo o problema, a bem da verdade, reside na falta de critério axiológico definido que permita dizer se um interesse estritamente difuso é jurídico ou não jurídico e, por conseguinte, tutelável ou não tutelável juridicionalmente (quanto aos interesses coletivos a questão não tem a mesma dimensão). É que dada a característica de conflituosidade máxima (assim fala a doutrina) a revestir os interesses difusos, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, a quem emprestamos em parte nosso aval:

“Não há um *parâmetro jurídico* que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição ‘certa’ e a ‘errada’.” E prossegue dizendo: “Outra consequência desse caráter *fugaz* dos interesses difusos é que não demonstram eles aptidão para serem completamente tutelados em sede legislativa que, a princípio seria a indicada, visto que esses interes-

ses implicam em verdadeiras escolhas políticas” (*Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*, op. cit, págs. 69 e 73).

Só não concordamos, e veementemente, com a última afirmação do nosso colega da USP: só em sede do Poder Legislativo, é só nele, é que os interesses difusos podem ser pensados, discutidos, maturados, à luz das conveniências políticas e do momento histórico, democraticamente, para, só então, deste intenso labor dialético resultar uma opção política expressa numa norma jurídica que reconheça a existência (institua) o interesse difuso tutelável. É do Poder Legislativo a função e a responsabilidade intransferíveis de dizer qual o interesse difuso que merece tutela (direito material) e a quem, e em que medida, incumbe a sua persecução jurisdicional por meio de instrumental adequado (direito processual). Repugna a nossa consciência qualquer entendimento que permita ao juiz um “papel criativo”, porque isto compete à lei, e o juiz é escravo da lei.

Imagine-se, agora, toda essa problemática à luz do sistema financeiro, se se interpretar largamente “outros interesses difusos e coletivos” no art. 129, III, da CF ou no art. 1º, IV, da Lei 7.347/85. Nada impede que se reconheça interesse difuso em muitos dos aspectos do funcionamento do mercado de crédito, monetário ou cambial. Conseqüência, o Ministério Público poderia se arvorar em co-tutor do sistema financeiro como um todo ao lado do Banco Central do Brasil, quer dizer, ao lado do Poder Executivo em última análise. Daí, para chegar à pretensão de co-participar, como órgão fiscalizador independente, do sistema tributário, previdenciário, habitacional, da saúde, será apenas um passo.

Logo, o absurdo destas ilações deve nos levar a refletir seriamente sobre essa categoria jurídica nova dos interesses difusos e, seu corolário, a legitimação aberta que alguns têm propugnado para o Ministério Público com amparo no art. 129, III, da CF e art. 1º, IV, da Lei 7.347/85. Nenhum risco haverá, todavia, para a higidez do nosso sistema jurídico, interpretar restritivamente tais normas no sentido de se exigir, sempre, disciplina legal explícita para o reconhecimento de interesses difusos e coletivos como sustentamos.

2.6.3. Da Ilegitimidade Ativa do Ministério Público para Promover Ação de Dissolução de Sociedade Anônima pela Lei 7.913/89

Estabelecida assim a premissa de que só há interesses difusos ou coletivos juridicamente tuteláveis na medida em que regras constitucionais ou legais os reconheçam objetiva e expressamente (art. 129, III, da CF), resta-nos examinar o conteúdo da Lei 7.913/89 à luz da hipótese concreta que nos foi apresentada de uma ação de dissolução de sociedade

anônima proposta pelo Ministério Público como base, entre outras, nesta lei.

Como tivemos a oportunidade de constatar pela interpretação teleológica da Lei 7.913/89 (itens 2.6.1. e 2.6.2. *retro*), a tutela realizável pelo Ministério Público, por meio da ação civil pública nela prevista, tem por limite as exatas fronteiras do mercado de capitais, não podendo alcançar nenhum outro segmento do sistema financeiro nacional. Tanto isto é correto que seu art. 1º reza expressamente:

“... o Ministério Público, de ofício ou *por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários* — C.V.M., adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter renascimento de danos causados aos *titulares de valores mobiliários* e aos *investidores do mercado* (grifos nossos).

Ora, a redação do texto legal deixa claro, em primeiro lugar, que os interesses coletivos aqui expressamente reconhecidos são aqueles cujos titulares correspondem a grupos de pessoas (mais ou menos determináveis) que têm a qualidade de participantes diretos das operações realizadas no mercado de capitais e somente no mercado de capitais: os “titulares de valores mobiliários” e os “investidores de mercado”. Em segundo lugar, fica claro que os interesses técnica e estritamente difusos aqui tutelados, vinculam-se, da mesma forma, exclusivamente ao mercado de capitais e não a outro qualquer, posto que se identificam com a segurança e credibilidade das operações que especificamente nele se realizam (daí a lei autorizar a prevenção e repressão das práticas fraudulentas previstas pelos incisos I, II e III, do art. 1º).

Seja, portanto, pelo ângulo dos interesses coletivos, seja pelo prisma dos interesses difusos, parece-nos indubitável que a *mens legis* do art. 1º da Lei 7.913/89 não se identifica com a necessidade de proteção do mercado financeiro como um todo, mas do mercado de capitais exclusivamente, haja vista que os três outros segmentos — o mercado de crédito, monetário e cambial e todos os interesses e direitos que com eles se imiscuam —, estão sob a tutela do Poder Executivo representado pelo Banco Central do Brasil.

Muito bem, se a Lei 7.913/89, assim interpretada — e esta parece a única maneira correta de interpretá-la — teve por escopo resguardar interesses difusos e coletivos ligados ao mercado de capitais, tanto que legitimou o Ministério Público a promover ações para inibir ou reprimir práticas fraudulentas, que sentido ou lógica pode ter a afirmação que, com base nela, o *Parquet* possa promover ação de dissolução de sociedade anônima, cujo capital nem aberto é? Nenhuma, absolutamente nenhuma.

Mas, ainda que a consulente, Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., participasse do mercado de capitais, mesmo assim, jamais

se poderia admitir a legitimação do Ministério Público, amparado pela Lei 7.913/89, para requerer a sua dissolução, uma vez que a ação ministerial nela disciplinada não se presta a este objetivo, mas somente ao de “evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado” (art. 1º, *caput*).

E mais, ainda que se pudesse pensar — por mais absurdo que isto possa parecer — que o *Parquet* tem legitimidade para ação de dissolução pela Lei 7.913/89, que fundamento poderia ser apresentado como *causa petendi*? Nenhum.

Destarte, enfocada a situação concreta que nos foi apresentada à luz da Lei 7.913/89 não pode haver a menor dúvida de que o Ministério Público não tem legitimação ativa *ad causam* para deduzir ação de dissolução da sociedade anônima consulente.

3. Respostas Objetivas às Indagações Formuladas

3.1. À Primeira Indagação Respondemos: não

Encerrada a liquidação extrajudicial do Comind por ato discricionário (e intangível jurisdicionalmente) do Banco Central, cessa automaticamente a legitimidade do Ministério Público para as ações de responsabilidade de ex-administradores anteriormente propostas. Quanto à ação posterior de dissolução de sociedade anônima, — proposta pelo *Parquet* como “substituto processual da coletividade de credores” supostamente prejudicada por acordo antes homologado pelo Banco Central e Conselho Monetário Nacional — temos a afirmar que nem a Constituição Federal (art. 129, III), nem qualquer outra lei infraconstitucional lhe outorga legitimidade para tal fim.

3.2. À Segunda Indagação, Respondemos: não

A norma contida no art. 129, III, da CF não é auto-aplicável. A cláusula “outros interesses difusos ou coletivos” permite apenas que a lei infraconstitucional reconheça especificamente outros interesses difusos tuteláveis. Portanto, sem lei que expressa e objetivamente reconheça tais interesses e legitime o *Parquet*, não é lícito ao Ministério Público declarar-se “substituto processual” de quem quer que seja, nem mesmo e, evidentemente, dos acionistas de uma sociedade anônima.

3.3. À Terceira Indagação, respondemos: não

A Lei 7.913/89 tem por escopo resguardar os interesses difusos e co-

letivos envolvidos no mercado de capitais, especificamente, e não o sistema financeiro como um todo. Os interesses coletivos expressamente resguardados são apenas os dos “titulares de valores mobiliários” ou “investidores de mercado” (art. 1º, *caput*), de sorte que o acionista de uma sociedade anônima, só porque acionista, não assume a condição de titular de tutela da Lei 7.913/89, quer individualmente, quer como grupo.

3.4. À Quarta Indagação, Respondemos: não

O art. 670 do CPC/39 só legitima o Ministério Público a promover dissolução de sociedade civil e, assim mesmo, apenas sob o fundamento de exercício de atividade ilícita ou imoral. As sociedades comerciais estão fora do alcance da legitimidade do Ministério Público porque o art. 655 não a prevê e o art. 674 deixa a regulamentação da dissolução das sociedades anônimas para a legislação especial; a Lei 6.404/76 também não outorga legitimação ativa *ad causam* ao *Parquet* para a ação de dissolução.

3.5. À Quinta Indagação, respondemos: não

Nenhum dos fundamentos invocados pela Curadoria Fiscal de Massas Falidas (todos examinados detidamente no presente parecer) é próprio para dar sustentação à tese da legitimação ativa do Ministério Público para a ação de dissolução de sociedade econômica proposta em face da consulente.

3.6. Ao Pedido de Considerações sobre a Sentença Cautelar,

afirmamos que: a Constituição Federal não legitima o Ministério Público para ações civis como afirma o Magistrado (o art. 129, III, da CF não é auto-aplicável); o art. 82, III, do CPC, só concede autorização ao Ministério Público para intervir em processos e jamais para promover ações civis públicas, revelando-se, portanto, absolutamente inadequado para sustentar a tese da *legitimatatio ad causam*.

Era o que nos parecia conveniente declarar acerca da consulta formulada.

São Paulo, abril de 1991.

Capítulo 3

BREVI RIFLESSIONI SUL SIGNIFICATO DEL GARANTISMO (CON RIFERIMENTO A VICENDE ITALIANE DEGLI ANNI 1988-1994)

*Arnaldo Miglino**

In Italia il termine ‘garantismo’, in conseguenza di rilevanti fenomeni politici e sociali, ha or-

Capítulo 3

BREVES REFLEXÕES SOBRE O SIGNIFICADO DO GARANTISMO (EM VISTA DOS ACONTECI- MENTOS ITALIANOS DOS ANOS 1988-1994) *

*Arnaldo Miglino***

Na Itália, o termo “garantismo”¹, como consequência dos relevantes fenômenos políticos e so-

* Ensaio especialmente escrito para este livro, em 20.08.94, a pedido do Instituto de Direito Alternativo (Florianópolis, Brasil), com o título original “Brevi riflessioni sul significato del garantismo con riferimento a vicende italiane degli anni 1988-1994”.

** Advogado e pesquisador em Ogliastro Cilento, Província de Salerno, Itália. Tradução do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

1. A matéria, no Brasil, como se sabe, tem sido tratada a partir da expressão *Segurança Jurídica*.

* Avvocato.

mai lasciato i confini del mondo giuridico ed è entrato nel linguaggio del mezzi di comunicazione di massa. Ciò ha avuto come effetto una complicazione del significato della parola, significato peraltro non univoco e sempre in evoluzione anche nell'uso che ne fanno i giuristi. Sembra pertanto opportuno avviare una riflessione sul senso e sulle implicazioni giuridiche, politiche e sociali della parola stessa.

Il termine nasce per individuare quell'le teorie, politiche prima che giuridiche, volte a proteggere la libertà del cittadino da qualsiasi abuso e arbitrio di chi esercita il potere. La possibilità di disporre a discrezione del corpo altrui è la condizione che favorisce la massima espressione dell'arbitrio, quindi la prima esigenza di garanzia del cittadini è quella di ottenere che lo Stato eserciti la forza nei confronti della loro persona solo in virtù di regole precise. La necessità che le regole vengano rispettate impone che non siano il governo e l'apparato amministrativo a farne applicazione ma l'ordine autonomo della magistratura. I limiti all'uso della forza di chi comanda diventano così diritti individuali che possono essere fatti valere nell'ambito di un procedimento giudiziario.

Il significato del garantismo allora investe due aspetti: il contenu-

ciais, deixou, finalmente, os confines do mundo jurídico e entrou na linguagem dos meios de comunicação de massa. Isso teve como efeito uma complicação no significado da palavra (significado não-unívoco e sempre em evolução), bem como no uso que dela fazem os juristas. Parece oportuno, portanto, trabalhar algumas reflexões sobre o sentido e implicações jurídicas, políticas e sociais da própria expressão.

O termo nasce para individualizar aquelas *teorias*, políticas antes que jurídicas, *dirigidas a proteger a liberdade do cidadão de qualquer abuso ou arbitrio de quem exercita o poder*. A possibilidade de dispor discricionariamente do corpo alheio favorece a máxima expressão do arbitrio e, por conseguinte, a primeira exigência de garantia dos cidadãos é voltar-se contra o Estado, autorizando-o a exercitar a força tão-só nos casos definidos por via de regras precisas. A necessidade de que as regras sejam respeitadas impõe que os governos e o aparato administrativo não façam a sua aplicação, mas que ela decorra de ordem autônoma da magistratura. Os limites ao uso da força de quem comanda tornam-se, assim, direitos individuais, que se podem fazer valer no âmbito de um procedimento jurisdicional. O significa-

to delle norme in base allè quali la magistratura può disporre della libertà dei cittadini; l'interpretazione e l'applicazione di tali norme. Poichè il concetto di garantismo nasce come affermazione dei diritti del singolo contro il potere statale, si potrebbe convenire di chiamare 'garantiste' tutte le regole che disciplinano in favore del singolo cittadino i casi, i modi e l'interpretazione dell'intervento repressivo dello Stato.

Un tale significato potrebbe essere giustificato non solo dall'origine storica del termine, ma anche dalla difficoltà di trovare un altro criterio sicuro per qualificare una norma o l'interpretazione di essa come 'garantista' o meno: il legislatore, quando sceglie i casi in cui deve punire, pur essendo guidato dai principi costituzionali, conserva comunque una considerevole discrezionalità nel determinare il contenuto della norma incriminatoria e cioè nell'individuare esattamente il limite oltre il quale l'interesse collettivo deve prevalere su quello individuale.

Una volta individuato tale limite, in base a quale criterio possiamo dire se esso è garantista o no? Al di là dell'impianto accusatorio o inquisitorio di base e di un nucleo

do do *garantismo* assume, então, dois aspectos: o conteúdo das normas com base nas quais a magistratura pode dispor da liberdade de um cidadão; a interpretação e aplicação de tais normas.

Desde que o conceito de *garantismo* nasce como afirmação dos direitos do indivíduo contra o poder estatal, poder-se-ia chamar *garantista* o bloco formado por todas as regras que disciplinam, em favor do cidadão, individualmente, os casos, os modos e as interpretações da intervenção repressiva do Estado.

Tal significado poderia ser justificado não só pela origem histórica do termo, mas, também, pela dificuldade de encontrar um outro critério seguro para qualificar uma norma ou sua interpretação como *garantista*; ou menos: o legislador, quando escolhe os casos em que se deve punir, conserva sempre uma considerável discricionariedade ao determinar o conteúdo da norma incriminadora e, destarte, no individualizar exatamente o limite além do qual o interesse coletivo deve prevalecer sobre aquele individual.

Uma vez individualizados tais limites, com base em qual critério podemos dizer se esse é *garantista* ou não? Para além de uma estrutura acusatória ou inquisitória básica e de um núcleo dos direitos

di diritti (facilmente individuabili) senza i quali l'ordinamento processuale è senz'altro antigarantista, il sistema di procedura può offrire numerose e diverse soluzioni tecniche per la persecuzione dei reati.

Come potremo riconoscere con sicurezza le 'tecniche' garantiste? L'interpretazione delle disposizioni di legge sostanziali e processuali non è mai statica ed univoca. Quale sarà la scelta ermeneutica garantista? È forte la tentazione di rispondere a queste domande con il sicuro criterio dinanzi indicato: ove prevale l'interesse del cittadino sottoposto all'attività repressiva dello Stato là vi è garantismo.

Le parole hanno una funzione convenzionale e nessun argomento di logica linguistica impedisce di adottare tale definizione. Le parole, però, hanno anche una funzione evocativa di valori. Il termine 'garantismo', proprio per aver sempre espresso l'esigenza di libertà contro il sopruso e l'arbitrio, porta con sé una valenza positiva che mal si adatta a tutti i fenomeni giuridici per i quali il singolo cittadino vete prevalere il suo interesse alla libertà contro quello punitivo dello Stato. Questo è un ente che ha, o che perlomeno dovrebbe avere, la cura degli interessi della collettività. La limitazione dei poteri dello Stato non significa solo limitazione dei presupposti per l'arbitrio

(facilmente individualizáveis), sem os quais o ordenamento é, sem dúvida, antigarantista, o sistema de processo pode oferecer numerosas e diversas soluções técnicas à persecução dos crimes.

Como podemos reconhecer com segurança as *técnicas garantistas*? A interpretação das disposições de leis substantivas e processuais não é jamais estática e unívoca. Qual será, então, a escolha hermenêutica *garantista*? É forte a tentação de responder a esta pergunta com o seguro critério adiante indicado: onde prevalece o interesse do cidadão submetido à atividade repressiva do Estado há *garantismo*.

As palavras têm uma função convencional e nenhum argumento de lógica lingüística impede de se adotar tal definição. As palavras, porém, têm também uma função evocativa de valores. O termo *garantismo*, exatamente por ter sempre expresso a exigência de liberdade contra o abuso de autoridade e, enfim, o arbitrio, traz consigo um valor positivo que mal se adapta a todos os fenômenos jurídicos para os quais o cidadão vê prevalecer o seu interesse à liberdade em contraposição àquele punitivo do Estado. Este é um instituto que tem — ou que pelo menos deveria ter — uma maior atenção para com os interesses da coletivi-

del Potere ma anche limitazione delle sue facoltà d'intervento in favore della maggior parte della popolazione. Un'organizzazione criminale è un centro di potere che esercita la forza nei confronti dei cittadini condizionando la qualità della loro esistenza. Se non interviene lo Stato a reprimere l'attività del cittadino criminale, il cittadino che non è criminale dovrà subire i soprusi e le vessazioni del primo.

L'attività repressiva dello Stato però, se condotta senza regole o senza il rispetto di esse, rischia di essere a sua volta fonte di sopraffazione.

Il problema del garantismo è conciliare il rispetto degli individui sottoposti all'attenzione repressiva dello Stato con il rispetto dei diritti degli altri individui che dallo Stato attendono di essere liberati dalle angherie altrui.

Sembra perciò di non poter adottare il termine garantismo, con la positiva carica evocativa che esso comporta, riguardo a tutti i fenomeni che vedono prevalere le esigenze di libertà del singolo nei confronti del potere punitivo statale.

Considerando le vicende italiane dalla fine degli anni 80 ad oggi, si ha l'impressione che la ricerca delle garanzie abbia a volte ecceduto nell'istituire spazi di libertà in favore di coloro nei cui confronti si dirige l'attività repressi-

dade. As limitações dos poderes do Estado não significam só vedação do abuso do Poder, mas também limitação das suas faculdades de intervenção em favor da maior parte da população. Uma organização criminosa é um centro de poder que exercita a força contra os cidadãos, condicionando a qualidade da existência deles. Se não intervém o Estado para reprimir a atividade do cidadão criminoso, aquele que não o é deverá suportar as atividades criminosas e as conseqüências impostas pelo delinquente.

A atividade repressiva do Estado, porém, se conduzida sem regras ou sem o devido respeito aos cidadãos, arrisca ser, da sua parte, fonte de violência.

O problema do *garantismo*, então, é conciliar o respeito aos indivíduos submetidos à repressão do Estado com o respeito dos direitos dos outros indivíduos que, através do próprio Estado, esperam livrar-se da opressão alheia.

Por isso, parece não ser possível adotar o termo *garantismo* — com a carga evocativa positiva que ele comporta —, em relação a todos os fenômenos que vêem prevalecer as exigências de liberdade do indivíduo em detrimento do poder punitivo estatal.

Considerando os acontecimentos italianos desde o final dos anos

va. Si consideri, come esempio, la disciplina dell'intercettazione di conversazioni o comunicazioni contenuta nel nuovo codice di procedura penale ad impianto accusatorio approvato con D.P.R. 22 settembre 1988 n° 447. L'art. 266 c.p.p. limita l'ammissibilità di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione solo nei procedimenti relativi ai: delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni; delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; delitti di contrabbando; reati di ingiuria, minaccia, molestia o disturbo delle persone col mezzo del telefono. Negli stessi casi il 2° comma dell'art. 266 c.p.p. consente l'intercettazione di comunicazioni tra presenti (cosiddetta intercettazione ambientale). Tuttavia, quando l'intercettazione tra presenti deve avvenire nei luoghi di privata dimora, essa è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che nella stessa dimora "si stia svolgendo l'attività criminosa". L'autorizzazione all'intercettazione è chi-

80 até hoje, tem-se a impressão de que na busca das garantias se tenha, às vezes, excedido no instituírem-se espaços de liberdade em favor daqueles para os quais se dirige a atividade repressiva. Considere-se, como exemplo, a disciplina das interceptações de conversas ou comunicações contida no novo Código de Processo Penal, de matiz acusatório, aprovado pelo Decreto do Presidente da República n° 447, de 22 de setembro de 1988. O art. 266 do CPP limita a admissibilidade de interceptações de conversas e comunicações telefônicas e de outras formas de telecomunicações somente nos procedimentos relativos a: delitos não culposos para os quais é prevista a pena de *ergastolo* (prisão perpétua) ou reclusão superior, no máximo, a cinco anos; delitos contra a administração pública para os quais é prevista a pena de reclusão não inferior, no máximo, a cinco anos; delitos concernentes a substâncias estupefacientes ou psicotrópicas; delitos concernentes às armas e às substâncias explosivas; delitos de contrabando; crimes de injúria, ameaça, *molestia o disturbo* das pessoas tendo por meio o telefone. Nos mesmos casos, a 2ª alínea do art. 266 do CPP consente a interceptação das comunicações entre presentes (chamada interceptação ambiental). Todavia,

esta dal pubblico ministero al giudice delle indagini preliminari ed è concessa, ai sensi dell'art. 267 c.p.p., solo quando "vi sono gravi indizi di reato" e quando sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini".

Come si vede, i limiti e le condizioni poste dal codice per effettuare un'intercettazione ambientale sono tali da spuntare le armi dagli organi inquirenti nei confronti della criminalità organizzata.

Nel caso in cui si abbia notizia di un'imminente riunione di malavitosi, si potrà ottenere l'intercettazione dei loro discorsi solo quando vi sia un procedimento di indagini già in corso che abbia consentito di acquisire gravi indizi e solo quando si possa fondatamente ritenere che i malavitosi compiano le attività criminose previste dall'art. 266 c.p.p. proprio mentre si sta svolgendo l'intercettazione. I vincoli posti dal codice di procedura in favore di coloro che potrebbero essere sottoposti ad eventuali intercettazioni ambientali sono da considerarsi 'garantisti' o piuttosto appaiono come una dissennata preclusione dello Stato a svolgere un'incisiva attività d'indagine?

quando a intercettazione deve acontecer em residências particulares, essa é consentida somente se existe fundado motivo para se considerar que na referida residência "se esteja desenvolvendo atividade criminosa". A autorização para a intercettazione é requerida pelo Ministério Público ao Juiz encarregado das investigações preliminares e é concedida, conforme autoriza o art. 267 do CPP, só quando "existam graves indícios de crime" e quando seja "absolutamente indispensável para os fins da persecução das investigações".

Como se vê, os limites e as condições fixadas pelo código para efetuar-se uma *interceptação ambiental* são fixadas de modo a desviar a mira das armas de que dispõem os órgãos de investigação na luta contra a criminalidade organizada.

No caso em que se tenha notícia de uma imminente reunião de criminosos, poder-se-á obter a intercettazione de suas conversas somente quando já exista um procedimento de investigação em curso, o qual tenha consentido a aquisição de graves indícios e também quando se possa, fundamentadamente, supor que os criminosos praticam as atividades ilícitas previstas pelo art. 266 do CPP, exatamente enquanto está se desenvolvendo a intercettazione! Por isso,

Il legislatore, accortosi di aver esagerato in tema di ‘garanzie’, con l’art. 13 L. 203/91 integrato dall’art. 3 bis comma 2° L. 356/92, ha stabilito che “in deroga a quanto disposto dall’art. 267 del codice di procedura penale, l’autorizzazione a disporre le operazioni previste dall’art. 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l’intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sufficienti indizi”. Per effetto delle normativa citata anche l’intercettazione tra presenti, mi procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata, non è pei subordinata alla condizione che nei luoghi dirivatá dimora si stia svolgendo l’attività criminosa. Con queste deroghe al codice di procedura il legislatore è diventato meno garantista o, piuttosto, è rinsavito?

as condições fixadas pelo código de processo em favor daqueles que poderiam ser submetidos a eventuais *interceptações ambientais* devem ser consideradas ‘*garantisti*’, ou, por outro lado, aparecem como uma desatinada preclusão para o Estado desenvolver uma incisiva atividade de investigação?

O legislador, consciente de haver exagerado no tema referente às *garantias*, com o art. 13, da Lei 203/91, integrado pelo art. 3 *bis*, alínea 2ª, da Lei 356/92, estabeleceu que “em derrogação ao que foi disposto pelo art. 267 do código de processo penal, a autorização para proceder às operações previstas pelo art. 266 do mesmo código é dada, com decisão motivada, quando a interceptação é necessária para o desenvolvimento das investigações em relação a um delito de criminalidade organizada ou de ameaça por meio telefônico em decorrência dos quais subsistem suficientes indícios”. Por efeito da norma citada, também a interceptação entre presentes, nos procedimentos relativos aos delitos de criminalidade organizada, não é mais subordinada à condição de que nas residências particulares esteja a ocorrer atividade criminosa. Com tais derrogações ao código de processo, o legislador tornou-se menos *garantista* ou, por outro lado, criou

La vicenda dimostra come sia illusorio credere che i diritti di libertà, dal punto di vista complessivo dell'ordinamento: vengono assicurati con l'istituzione di rilevanti vincoli all'attività di ricerca e di conservazione della giuridica efficacia della prova, perchè il limite all'azione repressiva dello Stato può costituire il fondamento che rende possibile il sopruso di alcuni cittadini in danno di altri che così vedono svanire i loro stessi diritti di libertà. L'esigenza di salvaguardare i diritti del singolo nei confronti dello Stato non può andare disgiunta dall'osservazione che l'azione del potere statale deve assicurare il rispetto dei diritti di tutti coloro che compongono la popolazione. Si deve quindi riconoscere che, se è assolutamente necessario istituire norme di garanzia in difesa degli inquisiti, nondimeno è necessario che tali norme non risultino di grande impaccio per la difesa della collettività.

Il punto di giusto equilibrio fra le opposte esigenze in gioco non è predeterminabile in maniera assoluta ma deve essere individuato a seconda del contesto storico e sociale nel quale deve incidere. È evidente che una comunità che non abbia gravi problemi di criminalità

juízo?

O sucedido demonstra como é ilusório crer que os direitos referentes à liberdade, do ponto de vista do conjunto do ordenamento, vêm assegurados com a instituição de relevantes amarras à atividade de perquirição e de conservação da eficácia jurídica da prova, porque o limite à ação repressiva do Estado pode constituir o fundamento que torna possível a atividade criminosa de alguns cidadãos e, ao mesmo tempo, dano de outros que vêm desaparecer os seus próprios direitos de liberdade. A exigência de salvaguardar os direitos do indivíduo, no embate com o Estado, não pode andar separada da observação de que a ação do poder estatal deve assegurar o respeito aos direitos de todos aqueles que compõem a população. Deve-se reconhecer, portanto, que, se é absolutamente necessário instituírem-se normas de *garantia* em defesa dos inquiridos, do mesmo modo é necessário que tais normas não resultem em um grande estorvo à defesa da coletividade.

O ponto de justo equilíbrio entre as opostas exigências em jogo não é possível predeterminar de maneira absoluta, mas deve ser individualizado segundo o contexto histórico e social no qual se insere. É evidente que uma comunidade que não tenha graves problemas de

potrà permettersi di istituire vincoli al potere repressivo più intensi di quelli che potrebbe permettersi una comunità che nel crimine affoga. Ciò non significa affatto che l'esigenza di garanzia del cittadino deve essere messa in secondo piano rispetto all'esigenze inquisitorie e punitive dello Stato là ove queste siano impellenti. Il rispetto del cittadino contro il quale la giustizia si rivolge deve essere posto sempre sullo stesso piano del rispetto del cittadino che attende giustizia, per la ragione che l'azione dello Stato deve avere come fine il rispetto della totalità dei cittadini. La salvaguardia di tutti gli appartenenti alla comunità è un principio irrinunciabile, ma bisogna riconoscere che la sua realizzazione non può essere affidata solamente all'istituzione più o meno minuziosa di vincoli procedurali. Ove la magistratura e gli organi inquisitori di cui lo Stato dispone non siano competenti, corretti ed equilibrati, le garanzie normative, pur se numerose, non saranno giammai sufficienti. Ove invece uno Stato abbia una magistratura e organi inquisitori con le qualità evidenziate, il legislatore potrà nutrire maggiore fiducia nel loro operato ed ottenere un'attività repressiva meno impacciata da vincoli ma non per questo meno corretta. Si prenda ancora ad esempio la normativa relativa alle

criminalidade poderá permitir-se instituir obstáculos ao poder repressivo mais intensos do que aqueles de uma comunidade que se afoga no crime. Isso não significa, em absoluto, que a exigência de garantia do cidadão deve ser colocada em segundo plano em comparação às exigências investigativas e punitivas do Estado lá onde estas devam ter uma satisfação imediata. O respeito ao cidadão contra o qual a justiça se dirige deve ser colocado sempre sob o mesmo plano do respeito ao cidadão que espera justiça, pela simples razão de que a ação do Estado deve ter como fim o respeito pela totalidade dos cidadãos. A salvaguarda de todos os pertencentes à comunidade é um princípio irrenunciável, mas é necessário reconhecer que a sua realização não pode ser satisfeita somente com a instituição mais ou menos minuciosa de vínculos procedimentais. Onde a magistratura e os órgãos investigativos, dos quais o Estado dispõe, não sejam competentes, corretos e equilibrados, as garantias normativas, ainda que numerosas, não serão jamais suficientes. Onde, ao contrário, um Estado tenha uma magistratura e órgãos de investigação com as qualidades evidenciadas, o legislador poderá nutrir maior confiança no seu trabalho e obter uma atividade repressiva

intercettazioni di conversazioni e comunicazioni contenuta nel nuovo codice di procedura penale italiano. È evidente che la preoccupazione della legge è stata quella di difendere la riservatezza dei cittadini. Se tuttavia il legislatore avesse avuto maggiore fiducia in coloro che devono perseguire l'illecito, non avrebbe certo operato delle scelte paralizzanti per una seria attività investigativa. Una magistratura all'altezza dei suoi compiti non merita vincoli tanto incisivi che sono espressione di sospetto nei suoi confronti.

Il problema delle garanzie e dei diritti del singolo e della collettività nei riguardi dell'attività repressiva dello Stato è quindi anche — e soprattutto — un problema di reclutazione, formazione, intelligenza, cultura (generale e giuridica) ed equilibrio degli uomini che devono svolgere tale attività. Nel loro concreto operare trova espressione la misura della garanzia di tutti i cittadini, della civiltà e dell'efficacia di un ordinamento penale.

Le considerazioni che precedono sconsigliano l'uso del termine garantismo riguardo a tutti i feno-

menos incomodada por obstáculos, mas não por isso menos correta. Tenha-se ainda, por exemplo, as normas relativas às interceptações de conversas e comunicações contidas no novo código de processo penal italiano. É evidente que a preocupação da lei foi aquela de defender a intimidade dos cidadãos. Todavia, se o legislador tivesse tido uma maior confiança naqueles que devem perseguir o ilícito, não teria, por certo, criado modelos paralisantes para uma séria atividade investigativa. Uma magistratura à altura dos seus compromissos não merece estar amarrada por vínculos tão incisivos, que nada mais são do que a expressão de suspeitas quanto à sua atuação.

O problema das garantias e dos direitos dos indivíduos e da coletividade, no tocante à atividade repressiva do Estado é, por conseguinte, também — e sobretudo —, um problema de recrutamento, formação, inteligência, cultura (geral e jurídica) e equilíbrio dos homens que devem desenvolver tais atividades. *Nos seus concretos modos de operar em contra expressão a medida de garantia de todos os cidadãos, da civilidade e da eficácia de um ordenamento penal.*

As considerações precedentes desaconselham o uso do termo ga-

meni nei quali l'interesse individuale prevale su quello dell'attività repressiva. Le considerazioni che seguono rafforzano tale convincimento, in quanto evidenziano come la carica evocativa di valori positivi contenuta nel termine possa essere addirittura utilizzata in mala fede per mistificare l'introduzione di privilegi in favore di chi esercita il Potere o ne è partecipe.

Le inchieste della magistratura italiana — e soprattutto della Procura della Repubblica di Milano —, svolte negli anni 1992-1994, hanno portato finalmente alla luce il sistema di corruzione dei partiti e degli uomini politici che hanno governato l'Italia. L'attività della magistratura ha avuto un indubbio riflesso sulla vita politica. Nelle elezioni del

rantismo em relação a todos os fenômenos nos quais o interesse individual prevalece sobre aquele da atividade repressiva. As considerações que seguem, por outro lado, reforçam tal convencimento, enquanto evidenciam como a carga evocativa dos valores positivos contida no termo possa ser, de maneira absoluta, utilizada de má fé para mistificar a introdução de privilégios em favor de quem exercita o Poder ou dele participa.

As investigações da magistratura italiana — e sobretudo da *Procura della Repubblica di Milano*², desenvolvidas nos anos 1992-1994, têm finalmente trazido à luz o sistema de corrupção dos partidos e dos homens políticos que têm governado a Itália. A atividade da magistratura teve um indubitável reflexo sobre a vida política. Nas eleições de 1994,

2. Na Itália, os órgãos do Ministério Público, ainda que com estrutura diferente (v., p. ex., art. 50 e ss. do Código de Processo Penal Italiano), são magistrados, o que é, ainda hoje, fonte de grandes polêmicas. V. art. 107, 3^a alínea, da *Costituzione della Repubblica Italiana*: “*I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*”; e 4^a alínea, do mesmo artigo: “*Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.*”

1994 per il Parlamento i partiti che hanno preso parte al governo centrale del paese hanno subito un tracollo e gli elettori hanno premiato una nuova forza politica nata in tre mesi e guidata dal dott. Silvio Berlusconi, titolare, fra l'altro, di tre reti televisive, di imprese edilizie e di grande distribuzione commerciale. Silvio Berlusconi ha assunto le funzioni di capo del governo che, in data 14 Luglio 1994, ha emanato il decreto n° 440 (Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa). Con l'art. 2 di tale decreto si è modificato l'art. 275 del codice di procedura penale e si è stabilito che la custodia cautelare in carcere potesse essere irrogata solo in ipotesi di reato specificamente predeterminate dallo stesso articolo di legge. I casi previsti riguardano, fra l'altro, l'omicidio, l'infanticidio, le lesioni personali aggravate, i maltrattamenti in famiglia verso fanciulli, il sequestro di persona, la violenza carnale, la rapina aggravata. Il decreto legge non prevede invece, fra i casi in

para o Parlamento, os partidos que participaram do governo central do país sofreram um golpe e os eleitores premiaram uma nova força política nascida em três meses e guiada pelo bacharel Silvio Berlusconi, titular, entre outras coisas, de três redes nacionais de televisão, de empresas de construção civil e de grandes empreendimentos comerciais. Silvio Berlusconi assumiu as funções de chefe-de-governo³, e este, em 14 de julho de 1994, fez emanar o decreto n° 440 (Modificações ao código de processo penal em tema de simplificação dos procedimentos, das medidas cautelares e do direito de defesa). Com o art. 2º de tal decreto modificou-se o art. 275 do código de processo penal e estabeleceu-se que a custódia cautelar em cárcere (*custodia cautelare in carcere*) poderia ser aplicada somente nas hipóteses de crime especificamente predeterminado pelo mesmo artigo de lei. Os casos previstos dizem respeito, entre outros, como o homicídio, o infanticídio, às lesões corporais agravadas, os maltratos da família

3. As funções de chefe-de-governo (*capo del governo*), na Itália, são do Presidente do Conselho dos Ministros (*Consiglio dei Ministri*), conforme art. 92 e ss. da *Costituzione della Repubblica Italiana*.

cui può essere applicata la custodia cautelare in carcere, tutti i delitti contro la pubblica amministrazione (corruzione, concussione, abuso d'ufficio...). Nonostante l'estrema gravità di questi reati che compromettono il corretto funzionamento delle istituzioni, il governo ha ritenuto sufficiente, per assicurare i fini cautelari, la misura degli arresti domiciliari. Si è così introdotto nell'ordinamento una differenza di trattamento riguardo alle misure cautelari personali a seconda che attengano a fatti commessi da delinquenti comuni o a fatti commessi dai 'colletti bianchi' che hanno la gestione del potere. Per questi ultimi il governo ha ritenuto di poter stabilire, a priori, che non vi sia mai il bisogno di ricorrere alla custodia in carcere per evitare il pericolo di fuga e di inquinamento delle prove.

È evidente l'assurdità giuridica dell'assunto: sia perché esso pretende di definire in maniera assolutamente astratta le esigenze cau-

contra as crianças (*maltrattamenti in famiglia verso fanciulli*), os seqüestros de pessoas, a violência carnal, a extorsão agravada. O decreto-lei não prevê, ao contrário, entre os casos nos quais pode ser aplicada a *custodia cautelare in carcere, todos os delitos contra a administração pública* (corrupção, concussão, *abuso d'ufficio*⁴...). Não obstante a extrema gravidade desses crimes, que comprometem o funcionamento das instituições, o governo entendeu suficiente, para assegurar os fins cautelares, as medidas de prisão domiciliar (*arrestos domiciliari*). Introduziu-se, assim, no ordenamento, uma diferença de tratamento em relação às medidas cautelares pessoais, em atenção a fatos cometidos por delinquentes comuns ou a fatos cometidos pelos criminosos do "colarinho branco" (*colletti bianchi*), que têm a gestão do poder. Para estes últimos, o governo admitiu poder estabelecer, *a priori*, que não vai

4. Codice Penale Italiano, art. 323 (Abuso d'ufficio). Il pubblico ufficiale (357) o l'incaricato di un pubblico servizio (358), che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni (323 bis).

telari di tutti i procedimenti in materia di delitti contro la pubblica amministrazione; sia perchè proprio in tale materia, per gli interessi in gioco ed il potere di cui dispongono gli indagati, la custodia cautelare in carcere appare maggiormente opportuna.

Il decreto legge è intervenuto in un momento di forte tensione fra il potere esecutivo e la magistratura che, in questi ultimi tempi, ha perseguito con decisione (facendo spesso ricorso alla custodia cautelare in carcere) i delitti contro la pubblica amministrazione commessi da funzionari e personaggi politici di primissimo piano (numerosi sono i ministri inquisiti).

Il provvedimento è stato presentato dal governo come un agiustamento in senso garantistico dell'ordinamento: si è detto che la limitazione del potere di arresto rispondeva ad esigenze di civiltà giuridica (si è persino citato Cesare Beccaria) contro l'imbarbarimento dovuto ad un uso improprio, da parte dei giudici, della custodia cautelare in carcere. Tuttavia il sospetto che il potere esecutivo avesse adottato il decreto per avvantaggiare se stesso ha provocato l'indignazione popolare, manifestatasi anche con messaggi ai giornali e agli altri organi d'informazione. Il governo è stato costretto perciò a rinunciare alle modi-

existir jamais a necessidade de recorrer à custódia em cárcere para evitar o perigo de fuga e de manipulação das provas.

È evidente o absurdo jurídico do assunto: seja porque com ele se pretende definir de maneira absolutamente abstrata as exigências cautelares de todos os procedimentos em matéria de delitos contra a administração pública; seja porque exatamente em tal matéria, pelos interesses em jogo e o poder de que dispõem os investigados, a custódia cautelar em cárcere aparece como muito mais oportuna.

O decreto-lei apareceu em um momento de forte tensão entre o poder executivo e a magistratura que, nestes últimos tempos, perseguiu com decisão (fazendo frequente recurso à custódia cautelar em cárcere) os delitos contra a administração pública cometidos por funcionários e personagens políticos de primeiro plano (numerosos são os ministros investigados).

A medida foi apresentada pelo governo como um ajustamento no sentido garantidor (*garantistico*) do ordenamento: referiu-se que a limitação do poder de prisão preventiva (*potere di arresto*) respondia às exigências de civilidade jurídica (citou-se até Cesare Beccaria) contra a barbárie, devido a um uso impróprio, por parte dos juizes, da custódia cautelar em

fiche ‘garantiste’ che intendeva introdurre nel codice di procedura penale (esso ha dovuto chiedere alle Camere di non convertire il decreto legge).

Non appena il decreto è decaduto la magistratura di Milano ha ordinato l’arresto cautelare di Paolo Berlusconi, fratello del capo del governo, per reati di corruzione in favore delle imprese di cui lo stesso capo del governo è titolare. Si è sospettosi se si pensa che il presidente del Consiglio dei Ministri abbia voluto introdurre con decreto legge le citate modifiche al codice di procedura penale per evitare anche questo arresto di cui avrà avuto sentore? Gli obiettivi del potere esecutivo erano troppo palesi ed iniqui per passare inosservati: eppure si è cercato di giustificarli in nome del ‘Garantismo’.

Strano garantismo questo che, anziché proteggere dagli abusi del potere, protegge il potere degli abusati...

Ogliastro Cilento il 20.8.1994
avv. Arnaldo Miglino

cárcere. Todavía, a suspeita de que o poder executivo tivesse adotado o decreto para beneficiar a si próprio provocou a indignação popular, manifestada também com mensagens aos jornais e outros órgãos de informação. Com isso, o governo foi constrangido a renunciar às modificações “*garantiste*” que pretendia introduzir no código de processo penal: teve que pedir à Câmara para não converter o decreto-lei.

Assim, tão-só o decreto decaiu e a magistratura de Milão ordenou a prisão cautelar de Paolo Berlusconi, irmão do chefe-de-governo, por crimes de corrupção em favor das empresas nas quais o próprio chefe-de-governo é titular. Alguém seria suspeito se pensasse que o presidente do Conselho dos Ministros (*Consiglio dei Ministri*) tenha querido introduzir com o decreto-lei as citadas modificações ao código de processo penal para evitar também essa prisão cautelar da qual teria tido ciência anterior? Os objetivos do poder executivo eram por demais abertos e iníquos para passarem despercebidos: nem mesmo procurou-se justificar o decreto-lei em nome do “*garantismo*”.

Estranho *garantismo* esse que, antes de proteger dos abusos do poder, protege o poder dos abusos...

ESQUISITICE DE JUIZ¹ (DOIS NOVOS FUNDAMENTOS PARA A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA)

*Edson Vieira Abdala**

Há milênios a comunidade científica procura inteirar-se das formas, métodos e conclusões que digam respeito à interpretação das leis. Toda a teoria existente e curricularmente repassada, está sofrendo uma difícil mutação, pois são inúmeros os pólos de resistência baseados na doutrina dominante, acirrando, desta forma, a questão.

Para tanto, separei a seguinte decisão de 2ª Instância, a qual merece alguns comentários.

Recurso em Sentido Estrito² — Denúncia — Rejeição — Alegação

* Advogado. Professor de Direito Processual Penal na PUC/PR. Especialista em Ciências Penais e Mestrando em Direito na UFPR. Associado fundador do Instituto Jurídico Paranaense — IJP. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Associação Internacional de Direito Penal.

1. O título foi separado da Ementa do r. Acórdão sob nº 740.141-3, advindo de um Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público da Comarca de Presidente Prudente-SP, o qual obteve provimento por votação unânime pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo.

2. Optamos por colocar o Acórdão no texto, pois ficaria extremamente longo como nota de rodapé.

de que o fato delituoso é irrelevante e de pouca repercussão — Esquisitice de juiz — Pretensão de ilimitado poder de criação do Direito — Tentativa de usurpação das atribuições do legislador — juiz que se deve ater à lei e aplicá-la — Recurso provido.

Nem ao menos de lege ferenda razão assiste ao digno subscritor da decisão recorrida; o bem jurídico tutelado é a “incolumidade pública”, saltando aos olhos, por conseguinte, que o fato típico imputado nada tem de insignificante; o problema com essas cerebrinas e esdrúxulas teorias, que advogam para o juiz ilimitado poder de criação do Direito, tal a que se reflete na decisão recorrida, é que inexistente critério razoável e genérico para a aferição da irrelevância dos fatos puníveis (RSE 740.141-3 — 7ª C. — j. 20.8.92 — rel. Juiz Corrêa de Moraes).

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito 740.141-3, da comarca de Presidente Prudente, em que é recorrente o Ministério Público, sendo recorrido o Juízo da Comarca e indiciado Marcos de Souza Gusman: Acordam, em 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

I — Recurso em sentido estrito interposto do r. despacho de fls. 33-v, que rejeitou denúncia, sob o fundamento, em síntese, de que o fato imputado, conquanto seja típico (Lei das Contravenções Penais, art. 32), “é irrelevante e pouca repercussão produz”, de modo que “inoportuna... a ativação do aparelho judiciário”. Minuta, a fls. 42-45. Contraminuta a fls. 60-62. Despacho de sustentação, a fls. 66-70. A Procuradoria-Geral de Justiça exarou o parecer de fls. 87-89, pelo provimento.

II — O recurso está no caso de ser provido.

Efetivamente:

1. Nem ao menos de lege ferenda razão assiste ao d. subscritor da decisão recorrida.

2. O bem jurídico tutelado é a “incolumidade pública”, saltando aos olhos por conseguinte, que o fato típico imputado nada tem de insignificante.

3. O problema com essas cerebrinas e esdrúxulas teorias, que advogam para o juiz ilimitado poder de criação do Direito, tal a que se reflete na decisão recorrida, é que inexistente critério razoável e genérico para a aferição da irrelevância dos fatos puníveis: a) a quantidade e qualidade da pena cominada? Mas, seriam então desprezíveis, indiscriminadamente, todas as condutas sujeitas tão-só à aplicação de pena

pecuniária? O juiz Fulano dirá — todas! Algumas — dirá o juiz Sicrano, não; b) talvez, a natureza da infração? Seriam relevantes os crimes; as contravenções seriam irrelevantes; mas todas elas? O juiz Fulano dirá que sim; o juiz Sicrano dirá que apenas as dos arts. 19, 20 e 21; o juiz Beltrano dirá que as dos arts. 28, 29 e 30; milhares de outros juizes trabalharão com *n* variáveis; será réu da acusação de haver efetuado disparo de arma de fogo em lugar habitado aquele cujo processo for distribuído a Sicrano; não o será aquele que se fizer presente diante de Fulano e Beltrano; será necessário divulgar, anualmente, as infrações que cada juiz reputa insignificantes, indignas de sua superior atenção.

4. Então, a categoria da infração? Serão considerados vazios de antijuridicidade, para alguns, os crimes contra o patrimônio, tendo em conta o estado geral de necessidade em que estão imersos os brasileiros; para outros, os crimes definidos nos arts. 312-321 do estatuto repressivo, tendo em vista os episódios brasileiros de que se ocupa a imprensa, nos últimos meses; o destino dos acusados será determinado aleatoriamente — pelos computadores.

5. Ou o “bom-senso” do juiz? Mas, coincidirá o “bom-senso” de Fulano com o de Sicrano e com o de Beltrano?; in casu, veja-se que coisa curiosa, o “bom-senso” dos Juizes desta Câmara não aponta na mesma direção para a qual se orienta o “bom-senso” do signatário da decisão recorrida.

6. O que o nosso “bom-senso”, sem que por ser nosso há de ser melhor, mais apurado, que o de outrem, como não será pior, menos atilado — o que nos recomenda o “bom-senso” é que: 6.1. não usurpemos as atribuições do legislador e 6.2. não nos ponhamos, nós, Juizes, a negar vigência a este ou àquele dispositivo de lei porque, segundo critérios e padrões personalíssimos, se apresentam inconseqüentes, irrelevantes, insignificantes; 6.3. não transformemos os juízos de admissibilidade das denúncias em ocasião para extravasamentos idiossincrásicos.

Em resumo: a lei vigora, o fato é típico, cumpra-se a lei.

III — Pelas razões expostas, dá-se provimento para receber a denúncia, prosseguindo-se nos subseqüentes trâmites do processo.

Presidiu o julgamento o Sr. Juiz José Habice, participando os Srs. Juizes Luiz Ambra e Bittencourt Rodrigues. São Paulo, 20 de agosto de 1992 — Corrêa de Moraes, relator (RT 690/93 — pp. 354 e 355).

Ensina-nos *Agostinho*, não aquele, mas o nosso do Maranhão, quando leciona sobre os *conceitos fundamentais da psicanálise*, que o dis-

curso do paciente é importante à medida da sua pontuação, vetorizando o sujeito (do desejo) e não aquele direcionado ao *Eu*, aparentemente conhecido.

Ao mesmo tempo destaca que *Freud* modifica o *relevante* (ato falho, esquecimento, tropeço de linguagem, entre outros), valorizando o que não era valorizado, destacando nas suas conclusões a divisão do sujeito na psicanálise *Eu/Sujeito*, reordenando o sistema admitido.

Ainda aduz que falar é sempre recalcar, o que valoriza o discurso sobremaneira, realçando na terceira ferida narcísica apresentada pelo pai da psicanálise — afeta ao campo psicológico — um descentramento do *Eu para o Sujeito*, sendo aquele um estrangeiro dentro de si próprio, periférico, produto de um desenvolvimento e constituído por uma identificação que lhe é exterior e o precede, resumidamente.

Interpretar sem estes conhecimentos mínimos é uma dolorosa missão, podendo gerar no operador do direito responsável pela solução do caso, uma profunda frustração.

Vindo a *identidade de fora*, conforme observamos, a decisão do Juiz frente aos interesses do administrado, dependerá do nível de compreensão, extensão e respeito que ele tiver no campo da *alteridade*, sob pena de meramente reproduzir decisões.

O livro de *Êxodo*³ já se preocupava com a interpretação, destacando a proibição necessária para não se perverter o julgamento, não se aceitar acusação falsa ou suborno, por parte do julgador, repetindo na consolidação das leis estas determinações em *Levítico*⁴ e após em *Deuteronômio*⁵.

Amilton Carvalho não se cansa de afirmar que um Juiz com dois neurônios poderá fundamentar, no mesmo caso, a sua decisão para ab-

3. Êxodo 23:6-8 — (6) — Não perverterás o julgamento do teu pobre na sua casa. (7) — Da falsa acusação se afastarás; não matarás o inocente e o justo, porque não justificarei o ímpio. (8) — Também suborno não aceitarás, porque o suborno cega até o perspicaz, e perverte as palavras dos justos.

4. Levítico 19:15 — (15) — Não farás injustiça no juízo: nem favorecendo o pobre, nem comprazendo ao grande: com justiça julgarás o teu próximo.

5. Deuteronômio 16: 18-19 — (18) — Juizes e oficiais constituirás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com reto juízo. (19) — Não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno; porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos.

solver ou condenar o denunciado, afirmação com a qual concordamos, pois a interpretação é uma tentativa de adequar a lei à realidade, espaço demasiadamente misterioso para o homem, e se existe até para o *Clark Kent*, conhecido como super-homem.

Para reforçar esta idéia usaremos um exemplo: numa primeira leitura dos Evangelhos, tem-se a impressão de que os judeus mataram a *Cristo*, optando por Barrabás. No contexto bíblico geral está claro que Jesus morreu pelos pecados de toda a humanidade e *Haim Cohn*⁶, interpretando a situação fática, afirma que Jesus foi julgado e castigado segundo o direito romano, confirmando a inocência dos judeus daquela época.

*Calamandrei*⁷ procura demonstrar que o papel do magistrado contribui para manter a paz entre os homens e as decisões por ele emanadas geram felicidade alheia, motivo suficiente para prosseguir decidindo, o que representa, no fundo, a justificação interior da carreira escolhida.

O fato é que nos defrontamos com uma difícil situação, pois dependemos de pessoas para o exercício da tutela jurisdicional delegada, as quais precisam estar preparadas para solucionar os casos concretos, e estas decisões incluem a análise e a auto-análise, por nem todos perseguidas, lamentavelmente.

*Jacinto Coutinho*⁸, analisando o novo Juiz no processo penal, afir-

6. Haim Cohn — *O Julgamento de Jesus, o Nazareno*, p. 268: “Nós vimos que muito dos fatos relatados pelos Evangelhos confirmam a inocência dos judeus, não menos — e talvez muito mais — do que a sua culpa pela morte de Jesus. E já demonstramos que, sejam quais forem os relatos dos Evangelhos, é um fato que os judeus não carregam nenhuma culpa pela sua morte.” O que se deseja com esta citação é confirmar que um mesmo fato pode ter inúmeras fundamentações, restando claro pela doutrina evangélica moderna que Jesus morreu por todos, independentemente da sua nacionalidade, inexistindo culpa exclusiva dos judeus.

7. Piero Calamandrei, *Eles, os Juizes, Visto por Nós, os Advogados*, p. 199: “O Juiz — Nem eu, porque me parece que entre todas as profissões que os mortais podem exercer, nenhuma como a do juiz pode contribuir para manter a paz entre os homens, visto ser ele quem distribui aquele bálsamo para todas as feridas, que se chama justiça. É por isso que os fins dos meus dias pode ainda, apesar da solidão, ser doce e sereno. Sei que a consciência de ter gasto a melhor parte da minha vida a assegurar a justa felicidade alheia, me dará paz e esperança até o último sopro.”

8. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *O Papel do Novo Juiz no Processo*

ma que o ponto central do movimento alternativo está na assunção da postura ideológica por parte dos operadores do direito. Na verdade, um poderoso não à neutralidade, indefensável nos dias de hoje, a qual estimula o não-pensar e expõe os julgadores à vala comum das decisões jurisprudenciais, ou o já chamado “*duela a quem duela*”.

Porém, o mais grave é o positivismo desmedido: a lei vigora, cumpre-se a lei. Salvo engano, nem Kelsen⁹ admitia este raciocínio, não obstante ser pouco lido, mal compreendido e muito combatido.

Entendo amplamente defensável a postura de um Magistrado que inadmita a denúncia pela “irrelevância e pouca repercussão que o caso produz, somada à inoportunidade da ativação da máquina estatal”, adequando a lei ao caso concreto.

Não há validade imanente aos conceitos jurídicos, nem nos parece possível que o trabalho do jurista se restrinja à análise das estruturas do direito positivo¹⁰, preferindo o mundo jurídico ao real.

A interpretação é um ato de vontade mais do que de inteligência,

Penal. In: *Revista de Direito Alternativo*, p. 33.

9. Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, p. 242: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que a norma jurídica apenas permite sempre e em todos os casos uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável de que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político... É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzido a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”.

10. Plauto Faraco de Azevedo. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*, p. 19.

sendo inaceitável a possibilidade de um Juiz alienado e insensível às dificuldades dos administrados, permanecendo apenas nas posições rigidamente jurídicas em detrimento dos jurisdicionados.

O julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo¹¹, apenas repete o sistema e infunde a megaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade.

O Juiz pode tudo, dependendo apenas da sua habilidade para fundamentar, não necessitando esconder-se na legislação inflexível para ser mais ou menos Juiz.

Antonio Wolkmer¹² fundamenta como fator de validade de “novos” direitos as necessidades, acentuando o papel das comunidades na transformação do sistema, abraçando a realidade histórica contemporânea, sem dúvida, não desconhecida pelo julgador.

Portanto, *nada há de esquisito no diferente*, basta pressupor o outro como outro e não apenas como projeção do *Eu* admitido.

O esquisito que aqui cabe é aquele do italiano *squisito*, mais real que jurídico, mais interrogativo que conclusivo.

11. Maria Lúcia Karam. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 97 e 98: “Um primeiro ponto de análise pode ser extraído da própria finalidade formal da função judiciária. Ao interpretar e aplicar as leis, o Poder Judiciário estará necessariamente exercendo aquela função não aparente de manter e reproduzir as relações de dominação. As leis a serem interpretadas e aplicadas constituem o direito positivo, que, enquanto conjunto de normas disciplinadoras das relações sociais, se insere na superestrutura de uma determinada formação social, expressando, assim, os conflitos de classe e as contradições específicas que a caracterizam... Ao contrário do que enuncia o princípio da igualdade de todos perante a lei, o direito da sociedade capitalista é fundado na desigualdade.

12. Antônio Carlos Wolkmer. *Pluralismo Jurídico*, p. 144 a 153.

BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa: Clássica, s.d.
- COHN, Haim. *O julgamento de Jesus*, o nazareno. Rio de Janeiro: Imago, 1990.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Revista de direito alternativo*. Publicação referente ao sesquicentenário do IAB-ADV. Advocacia Dinâmica. Rio: COAD, 1993.
- KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*. Niterói-RJ: Luam, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 1976. Apud CHAZAN, Samsão. *O Juiz: Órgão da ordem dada ou da ordem desejada?*. Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo: FMU/Direito, 1990.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico — Fundamentos de uma nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

FÓRUM DA UFSC: EXPERIÊNCIA ALTERNATIVA DE CONCRETIZAÇÃO DA GARANTIA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA*

*Horácio Wanderlei Rodrigues***

Sem sombra de dúvidas, uma das decisões mais arrojadas já tomadas historicamente por um órgão do Poder Judiciário é a implantação, em caráter experimental, do Fórum da UFSC. Essa medida, reforçada por outras tomadas anteriormente pelo TJSC e pelo projeto de estágio jurídico existente na UFSC, assume um aspecto social e educativo proe-

* Uma primeira versão deste texto, intitulada *O Foro Universitário como instrumento efetivo de acesso à justiça e melhoria da qualidade do ensino jurídico*, foi publicada anteriormente em algumas revistas jurídicas. O presente artigo é uma atualização do original, incorporando avanços do projeto e novos dados sobre a estrutura material e de recursos humanos do Fórum e do EMAJ da UFSC.

** Mestre e Doutor em Direito pela UFSC (SC), onde é Professor Titular de Teoria Geral do Processo, coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual (em nível de especialização) e subcoordenador do Curso de Graduação em Direito, tendo também exercido, nessa instituição, a coordenação do estágio do Curso de Direito. Foi Professor Titular, chefe de departamento e diretor da Faculdade de Direito da UNISC (RS); também Professor Titular da UNISUL (SC) e professor convidado para cursos de Pós-Graduação da UFF (RJ), da UFMA (MA), da UNISC (RS) e da UNIVALI (SC). Publicou os livros *Ensino jurídico: saber e poder*; *Ensino jurídico e direito alternativo e Acesso à justiça no direito processual brasileiro*, além de vários artigos no Brasil e exterior; também possui trabalhos publicados em diversas coletâneas.

minente. Ela consegue atingir conjuntamente uma série de objetivos: (a) assistência jurídica integral, gratuita e de qualidade; (b) celeridade da prestação jurisdicional; (c) descentralização do Poder Judiciário; (d) a criação de um Fórum adaptado à realidade e às condições sociais, culturais e econômicas das populações de baixa renda; e (e) melhoria da qualidade do ensino jurídico. Por todos esses motivos, merece uma análise detalhada.

1. Fórum da UFSC: origem, estrutura, competência

O Fórum da UFSC, composto de uma unidade jurisdicional em regime de exceção e de um juizado informal de pequenas causas (JIPC), foi criado através de convênio firmado entre o Tribunal de Justiça (TJSC), a Universidade Federal (UFSC), a Procuradoria Geral de Justiça (PGJ/SC) e a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC), assinado em 9 de julho de 1993, com validade até 31 de dezembro de 1995. A distribuição e redistribuição de processos para o Fórum da UFSC, bem como a sua competência e organização foram tratados pelo Provisório nº 10/93 da Corregedoria-Geral da Justiça do TJSC.

Tratando-se de uma experiência pioneira, parece importante gastar algumas breves linhas para mostrar a sua origem. A idéia original era a de criação apenas de um juizado informal de pequenas causas dentro da UFSC. O projeto, apresentado em 1990, foi de autoria do professor Carlos Alberto Silveira Lenzi, um entusiasta na defesa desses juzizados. A proposta foi aprovada pelo Departamento de Direito Processual e Prática Forense (DPP) e demais instâncias competentes no âmbito da UFSC. Em novembro de 1992, quando se ultimavam os preparativos para a sua implantação, foi sugerido, pelo autor deste trabalho, professor Horácio Wanderlei Rodrigues, que se buscasse acoplar ao projeto do JIPC também a reivindicação da criação de uma vara de família junto à Universidade, tendo em vista serem dessa área a maioria dos feitos atendidos pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) da UFSC. A idéia foi prontamente encampada pelo então chefe do DPP, professor Valdemiro Borini. Levou ele pessoalmente a sugestão aos desembargadores Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho e Napoleão Xavier do Amarante (corregedor-geral da justiça), ambos também professores da UFSC. Esses assumiram a idéia, ampliando-a ainda mais,

no sentido da implantação de uma vara plúrima, com competência nas áreas civil, comercial e de família. Como se pode ver esse é um projeto sem dono, pois a sua construção foi coletiva e dinâmica, idéia a idéia, passo a passo. Sem a participação de todos os envolvidos provavelmente não se chegaria ao resultado final obtido.

É fundamental destacar que ele só foi viabilizado devido ao apoio irrestrito recebido: (a) do TJSC, através de seu presidente, desembargador Aloysio de Almeida Gonçalves e de seu vice-presidente, desembargador Nauro Luiz Guimarães Collaço; (b) da UFSC, através de seu reitor, professor Antônio Diomário de Queiroz, da vice-reitora, professora Nilcéa Lemos Pelandré, do então diretor do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), professor Rogério Stoeterau e do então vice-diretor do CCJ (hoje diretor), professor Nilson Borges; (c) da PGJ/SC, através do procurador geral, João Carlos Kurtz; (d) da OAB/SC através de seu presidente, Amauri João Ferreira; (e) dos professores do Departamento de Direito Processual e Prática Forense do CCJ/UFSC, dentre os quais cumpre destacar, além dos já referidos no parágrafo anterior, diretamente ligados ao projeto, a atual chefe do DPP, professora Marilda Machado Linhares; e (f) juiz José Themistocles Macedo Neto, do promotor de justiça Raul Rabello e escrivão Norberto Nast designados para atuarem no referido Fórum. É preciso ressaltar também o apoio recebido do corpo discente do Curso de Direito da UFSC, vindo, especialmente, através da diretoria do Centro Acadêmico XI de Fevereiro (CAXIF). Uma homenagem especial deve ser prestada ao professor Valdemiro Borini, cuja amplitude de visão permitiu assumir a proposta e levá-la até o fim, enfrentando todos os obstáculos que se fizeram presentes. Contemporaneamente, é indispensável ressaltar o grande trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Júlio Melo, titular do Fórum da UFSC.

No que se refere à competência do Fórum da UFSC, ela está fixada na cláusula primeira do Convênio e nos itens 1.1 e 1.2 do Provimento já referido, a seguir transcritos:

“1.1. A Unidade Jurisdicional de Exceção terá, no âmbito da Comarca da Capital, competência para processar e julgar as causas cíveis de menor complexidade, da jurisdição especial, definidas nos arts. 5º e 6º, da Lei Complementar nº 077, de 12.01.93, assim como as causas cíveis, comerciais e de família, da jurisdição comum, aforadas pelo Estágio do Departamento de Direito Proces-

sual e Prática Forense, excluídas as demandas contra a Fazenda do Estado e do Município, de acidentes do trabalho, da Infância e Juventude, de inventários e partilhas.

1.2. O Juizado Informal de Pequenas Causas, que funcionará junto ao Estágio do Departamento de Direito Processual e Prática Forense, terá a coordenação de Juiz Togado, designado para a Unidade Jurisdicional de Exceção, auxiliado por conciliadores e árbitros [designados, segundo a cláusula primeira do Convênio, pelo Presidente do TJSC, mediante indicação do Juiz, da UFSC e da OAB/SC], tendo competência para processar, conciliar e julgar as questões patrimoniais privadas de reduzido valor econômico, não excedentes, à data do ajuizamento da reclamação, a 5 (cinco) salários mínimos, na conformidade da Lei nº 8.271, de 19.06.91.”

Para que se possa ter uma perfeita compreensão dessa experiência catarinense, inédita no Brasil e quiçá no mundo, é fundamental transcrever também a cláusula terceira do Convênio que lhe deu origem:

“São obrigações do TJSC:

a) indicar Juiz Togado e Escrivão para a Unidade Jurisdicional de Exceção, bem como o magistrado coordenador do Juizado Informal de Pequenas Causas.

b) fornecer móveis e equipamentos para os organismos aqui conveniados.

São obrigações da UFSC:

a) fornecer pessoal de apoio para o funcionamento do Cartório da Unidade Jurisdicional de Exceção e para a Secretaria da Seção do Juizado Informal de Pequenas Causas, bem como pessoal docente e discente para o atendimento da clientela, remunerados ou não;

b) manter serviços de apoio técnico na área de pedagogia, psicologia, medicina, engenharia e serviço social;

c) programar e executar, através da Coordenação do Estágio do Curso de Direito, os atos de impulsão processual determinados pelo Juízo, inclusive diligências externas;

d) indicar pessoas alheias à Coordenação do Estágio, para atuarem como Oficiais de Justiça *ad hoc*, com aptidão para exercer esse múnus, com vistas à execução de diligências processuais cuja natureza, complexidade e repercussão desaconselhem o uso do sistema definido na alínea anterior;

e) selecionar estagiários para atuar junto ao Juízo, à Promotoria de

Justiça e ao Cartório;

f) destinar espaço físico para o funcionamento da Unidade Jurisdicional de Exceção e da Seção do Juizado Informal de Pequenas Causas;

g) destinar móveis e equipamentos para os organismos aqui conveniados;

h) manter serviço de segurança para as instalações físicas da Unidade Jurisdicional de Exceção e da Seção do Juizado Informal de Pequenas Causas.

É obrigação da PGJ:

a) indicar Promotor de Justiça para atendimento na Unidade Jurisdicional de Exceção e no Juizado Informal de Pequenas Causas.

É obrigação da OAB/SC:

a) indicar conciliadores e árbitros, ficando os demais convenientes desobrigados de qualquer remuneração.”

2. O Fórum da Universidade como instrumento efetivo de acesso à justiça

O acesso à justiça, em sentido restrito, como acesso ao Poder Judiciário e se tendo por pressuposto o Direito Processual vigente, tem como grandes empecilhos à sua efetividade a falta de recursos econômicos por parte da população, a crise do Poder Judiciário (que regra geral acaba desembocando no problema da demora na prestação jurisdicional) e a qualidade discutível dos serviços de assistência judiciária gratuita, quando efetivamente existentes. É principalmente com relação a essas questões que parece ser a experiência do Fórum da UFSC inovadora e atraente, tendo em vista que ataca, frontalmente, todas elas trazendo-lhes soluções criativas e viáveis.

2.1. A gratuidade

No caso específico da experiência catarinense, a unidade jurisdicional implantada atende única e exclusivamente à população carente. Ela tem competência apenas para os processos ajuizados através do Escritório Modelo de Assistência Jurídica da UFSC. Dessa forma, não há a cobrança de nenhuma forma de custas processuais, emolumentos, taxas judiciárias ou quaisquer outras despesas. Todos os ônus são assumi-

dos pelas partes conveniadas, em especial a Universidade e o Tribunal de Justiça.

Ao lado disso, a Universidade é um mundo próprio. Dentro dela é possível obter praticamente todos os serviços necessários. Nesse sentido, um dos grandes problemas enfrentados pelos mais carentes quando do acesso à justiça, que é o da realização de perícias quando elas se fazem necessárias, em grande parte inexistente no Fórum da UFSC.

O convênio firmado prevê que a Universidade prestará toda a assistência necessária nas mais diversas áreas. Dessa forma, os exames laboratoriais e médicos, as perícias técnicas nas áreas das engenharias, as traduções de textos em língua estrangeira, bem como todos os demais serviços que se fizerem necessários e que a UFSC tenha condições de prestar serão por ela fornecidos gratuitamente.

O tratamento de atendimento aos clientes, bem como de ajuizamento e acompanhamento das ações, é feito através dos estagiários do Curso de Direito, devidamente acompanhados de professores orientadores. Dessa forma não há também nenhum custo para os autores (é bom lembrar que o Fórum só é competente para as ações oriundas do EMAJ) em termos de honorários advocatícios. O serviço é totalmente gratuito.

2.2. A celeridade

Uma série de aspectos contribuem para a celeridade¹ no andamento dos processos ajuizados junto ao Fórum da Universidade. Dentre elas destacam-se: (a) o cumprimento do Provimento nº 04/92 da Corregedoria-Geral da Justiça no sentido de serem sempre realizados juízos prévios de conciliação. Neles se consegue resolver a maioria das lides trazidas a juízo; (b) a utilização preferencial do correio para a efetivação de citações e intimações, conforme orientação da mesma Corregedoria através do Provimento nº 06/92; (c) a programação e execução, através da Coordenadoria de Estágios do Curso de Direito, dos atos de impulsão processual determinados pelo juízo, inclusive diligências externas, uti-

1. No segundo semestre de 1993 (1º semestre de funcionamento da unidade em regime de exceção) foram ajuizadas 558 ações; no primeiro semestre de 1994, 798 ações. Em 30 de junho de 1994, havia apenas 374 processos em andamento. Esse último dado demonstra a eficiência do Fórum da UFSC.

lizando-se principalmente de estagiários designados como oficiais de justiça *ad hoc*; (d) a adoção pelo juízo de um sistema de atendimento imediato para as separações e divórcios consensuais, evitando-se a marcação de audiências e o acúmulo de pauta; (e) a inexistência, pelo menos neste início de trabalhos, de um acúmulo de processos a emperrear a máquina judiciária; (f) o fato de os servidores do cartório pertencerem aos quadros da Universidade, auxiliados por estagiários do curso de Direito previamente selecionados e treinados, não possuindo os vícios normalmente existentes entre os funcionários cartorários. É de se salientar que o Escrivão pertence ao Poder Judiciário, inclusive por imposição legal; e (g) o fato de ser uma unidade dirigida para a resolução de apenas espécies de conflitos (semi-especializada) e especificamente para um tipo de clientela (carente).

2.3. A qualidade dos serviços prestados

Na prática se tem uma unidade jurisdicional voltada especificamente para as espécies de conflitos que ocorrem entre as pessoas com menor poder aquisitivo — há um trabalho especializado. Isso eleva a qualidade do serviço jurisdicional prestado, pois torna possível um trabalho voltado especificamente para o tipo sócio-cultural que o procura e que possui características próprias.

As condições materiais para o trabalho são também fundamentais. Nesse sentido o Fórum da UFSC possui: (a) cartório; (b) sala de audiências; (c) gabinete do promotor; (d) gabinete do juiz; (e) sala para a secretária do juiz; (f) sala de espera; (g) sala para a assistente social do Fórum; e (h) sala para o juizado informal de pequenas causas. Está em andamento projeto para a sua completa informatização. O Fórum possui também um carro colocado à disposição pela UFSC, com a finalidade de permitir aos oficiais de justiça o pronto cumprimento das citações, intimações e demais diligências externas.

No que se refere ao material humano, o Fórum conta com: (a) juiz de Direito; (b) promotor de justiça; (c) escrivão; (d) oficial de justiça; (e) contador; (f) assistente social; (g) assistente jurídico; (h) quatro servidores técnico-administrativos; (i) motorista; (j) vigia; e (l) dez estagiários do Curso de Direito, atuando como oficiais de justiça *ad hoc*, no cartório da vara, junto ao juiz e com o representante do ministério público.

Ao lado disso, o fato de o atendimento ser executado pelos estagiá-

rios do Curso de Direito², com o adequado acompanhamento docente, garante³ o padrão de qualidade do trabalho executado na defesa dos interesses da clientela. É importante ressaltar, nesse sentido, que atualmente, a estrutura do EMAJ dispõe de seis professores efetivos, sendo quatro deles com dedicação exclusiva à Universidade.

Para garantir a qualidade do trabalho desenvolvido, o EMAJ conta, ainda, em termos de recursos humanos, com: (a) assistente jurídico; (b) três servidores técnico-administrativos; (c) quatro monitores bolsistas; e (e) quatro estudantes do Curso de Direito com bolsa de extensão. O número total de alunos que estagiam por semestre junto ao EMAJ é de aproximadamente duzentos e oitenta, divididos em equipes de atendimento, cada uma com três a cinco estagiários.

Em termos de recursos materiais há: (a) dez salas para atendimento; (b) duas salas de professores; (c) secretaria; (d) sala de arquivos (nela ficam também terminais de computador à disposição dos alunos para utilização em pesquisas e na redação de peças processuais); (e) sala de aula; e (f) coordenadoria de estágios. Há a preocupação com a informatização integral do escritório, que conta hoje com uma rede de

2. É bom lembrar que segundo a avaliação realizada em 1992 pela Comissão de Ciência e de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, publicada em 1993, o Curso de Direito da UFSC está entre os sete únicos cursos do Brasil que atingiram o padrão de excelência.

3. Tradicionalmente os escritórios modelos da área jurídica, em especial nas universidades públicas, acabam desenvolvendo um trabalho meramente assistencialista e reduzido fundamentalmente ao direito civil, principalmente na área de família. Isso se deve, em grande parte, aos impedimentos historicamente colocados pela Lei nº 4.215/63, que estabelecia: “Art. 85. São impedidos de exercer a advocacia mesmo em causa própria: (...) VI — servidores públicos, inclusive do magistério, de autarquias e entidades paraestatais e empregados de sociedade de economia mista, contra as pessoas de direito público em geral”. A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) trouxe um grande avanço nessa área, ao estabelecer: “Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I — os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunerem ou à qual seja vinculada a entidade empregadora (...). Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.” Essa recente alteração legislativa pode dar um novo impulso aos estágios dos cursos jurídicos, tendo em vista que agora seus docentes não possuem mais nenhum impedimento para o exercício da advocacia, o que com certeza amplia o leque de possibilidades de atendimento pelos estagiários. Como a mudança é recentíssima, necessário se faz esperar os seus resultados práticos.

computadores que servem à secretaria e aos corpos docente e discente⁴.

No que se refere ao trabalho de apoio, o EMAJ recebe o auxílio do Curso de Serviço Social⁵ que faz parcialmente o acompanhamento dos atendimentos e também, quando necessária, a análise de determinadas situações fáticas, visando fornecer dados e estudos concretos da realidade sócio-econômico-cultural das partes, destinados a subsidiar os estagiários responsáveis pelas ações a serem impetradas.

Toda essa estrutura, aliada a um compromisso sério com a justiça e com a qualidade da prestação jurisdicional e do ensino, fazem do Fórum da Universidade uma realidade na qual a qualidade do trabalho desenvolvido é indiscutível. Busca-se nele praticar a assistência jurídica (e no caso específico judiciária) como um *“instrumento de acesso à ordem jurídica justa, e não apenas de defesa técnica processual ou pré-processual”*⁶.

2.4. A aproximação com a realidade social das partes

As pessoas mais pobres normalmente têm uma certa dificuldade de

4. É importante salientar que o projeto de informatização do EMAJ, além da implantação da rede de computadores, que atualmente (2º semestre 1994) conta com um computador servidor 486 DX, cinco terminais inteligentes (três XTs e dois 386 DX) e três impressoras (duas matriciais e uma a jato de tinta), inclui também a implantação e utilização de bancos de dados (jurisprudências, súmulas e legislação), a completa informatização do escritório (clientes, situação dos processos, pauta de audiências, etc.) e a colocação, à disposição dos corpos docente e discente, dos mais diversos redatores de textos.

5. Esse trabalho conjunto com o Curso de Serviço Social da UFSC está agora em sua terceira fase. Na primeira, os estagiários desse curso faziam a triagem para o atendimento jurídico; na segunda, inverteu-se essa situação, passando os estagiários do EMAJ a encaminhar aos do serviço social aqueles clientes que necessitassem também de auxílio nessa área. Ambas as experiências demonstraram a ineficácia pedagógica e assistencial da metodologia adotada. Em razão disso, a partir de uma reunião conjunta de docentes das duas áreas, realizada no início do primeiro semestre letivo de 1994, decidiu-se buscar um atendimento conjunto. A idéia é formar equipes interdisciplinares, com estagiários de ambas as áreas, para fazerem o atendimento da clientela. Essa experiência está em fase inicial, funcionando no momento, em virtude de questões de horário e de disponibilidade de estagiários do Curso de Serviço Social, apenas na parte da tarde.

6. Kazuo Watanabe, *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: Revista

aproximação com lugares que lhes parecem distanciados de suas realidades. Os prédios da justiça fazem parte desse aparato. Isso inclusive levou Cappelletti & Garth a afirmarem que:

“O desafio é criar Fóruns que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem.”⁷

Essa é outra questão a ser considerada com relação ao Fórum da Universidade. Está ele, fisicamente, bastante próximo do local de atendimento dos clientes pelos estagiários. Ao lado disso não possui toda a pompa tradicional que envolve o Poder Judiciário, muitas vezes mais preocupado com a aparência do que com a prestação jurisdicional propriamente dita. A proximidade das partes com toda a estrutura do Judiciário (cartório, juiz, promotor) lhes dá maior segurança pessoal. Sentem-se mais próximos da justiça.

Nesse sentido também colabora o fato de o Fórum da UFSC atender apenas à demanda oriunda do EMAJ, ou seja, apenas clientela carente. O fato dele estar destinado especificamente a um tipo de clientela, pré-determinada, fez com que todos os meios materiais e humanos fossem pensados e selecionados nesse sentido. Dessa forma o Poder Judiciário catarinense deu aplicabilidade ao princípio da igualdade proporcional, ao criar estruturas desiguais para tratar os desiguais.

3. O Fórum da Universidade como instrumento de elevação da qualidade do ensino jurídico

O ensino jurídico passa por uma séria crise⁸. Essa questão não é nova. E essa crise é também um dos entraves a um efetivo acesso à justiça, tendo em vista que a falta de qualidade apresentada pela maioria dos cursos jurídicos brasileiros, tem, como resultado, o despejo anual de

dos Tribunais, 1985. p. 163.

7. Mauro Cappelletti & Bryant Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 97.

8. Sobre a crise do ensino jurídico ver: Horácio Wanderlei Rodrigues. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988; Ensino jurídico e realidade

milhares de profissionais mal preparados no mercado.

Dois aspectos aparecem como principais motivos pela má qualidade do ensino: (a) a ausência de uma sólida base teórica; e (b) a carência de uma adequada preparação em termos da prática profissional. Os cursos de Direito têm, em regra, se reduzido a serem reprodutores de textos legais.

Com relação ao primeiro aspecto referido já há uma preocupação maior nos últimos anos, embora insuficiente. No entanto, com relação ao segundo muito poucas medidas efetivas têm sido tomadas.

O Fórum da Universidade, juntamente com o trabalho desenvolvido pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da UFSC⁹, forma um todo capaz de suprir essa carência. Ali os estudantes têm hoje a oportunidade de exercerem o papel do advogado, prestando assistência judicial e extrajudicial, de estagiarem junto ao cartório do Fórum, ao juiz de

social. *Seqüência*, Florianópolis, UFSC, nº 17, p. 77-87, dez. 1988; Por um ensino alternativo do Direito: manifesto preliminar. In: Edmundo Lima de Arruda Jr. (org). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 143-54; *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993; Ensino jurídico para que(m)? Tópicos para análise e reflexão. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica, nº 3, 1994.

9. É necessário também ressaltar que além do estágio obrigatório que o aluno faz junto ao EMAJ, a UFSC mantém uma série de convênios para estágios externos junto a procuradorias, empresas públicas e privadas, Tribunal de Justiça, etc. Ao lado disso foi criado também um projeto de estágio, juntamente com o Centro Acadêmico XI de Fevereiro (CAXIF), do Curso de Direito, que visa dar assessoria jurídica aos acadêmicos dos demais cursos da UFSC em termos de legislação interna, orientando-os no sentido da garantia de seus direitos enquanto estudantes. Há, no entanto, propostas cuja implementação deve ainda ser buscada. São elas: (a) a criação de um mecanismo pelo qual o Estado de Santa Catarina remunere os estagiários pelos serviços de assistência judiciária prestados, tendo em vista que a Lei Estadual nº 5.387/77 prevê essa possibilidade (a regulamentação da referida legislação não se adequa à realidade do EMAJ, necessitando de uma regulamentação específica); (b) a extensão, por parte do Poder Judiciário, aos processos patrocinados pelo EMAJ, da regra legal do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50 (acrescentado pela Lei nº 7.871/89) que estabelece, para os processos da assistência judiciária, ser pessoal a intimação do defensor público para todos os atos, em ambas as instâncias, e contarem-lhe em dobro os prazos. Também a Lei Complementar nº 80/94, em seu art. 44, inc. I, estabelece ser prerrogativa da Defensoria Pública: “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, contando-se-lhe em dobro todos os prazos”. O serviço público desempenhado

Direito e ao promotor de justiça. Têm também a oportunidade de exercerem a atividade do oficial de justiça. Acredita-se que com esse trabalho que está sendo desenvolvido, somado à boa formação teórica propiciada pelo Curso de Direito da UFSC, tendo em vista seu corpo docente altamente capacitado e a reformulação curricular ocorrida há três anos, poder-se-á superar as atuais carências existentes na formação dos bacharéis em Direito, especificamente nessa Universidade.

4. Uma última palavra sobre o Fórum da UFSC

A experiência do Fórum da Universidade é absolutamente nova. Ela é a primeira e está ainda em fase inicial de funcionamento. Esse fato não permite, no momento, uma análise mais concreta dos resultados que se poderão obter a médio e longo prazo. No entanto, ele é uma realidade e o seu exemplo pode em muito auxiliar na criação de outras experiências, semelhantes ou não, que busquem ser alternativas viáveis à efetividade do processo como meio de acesso à justiça e de melhoria da qualidade do ensino jurídico.

pelo EMAJ/UFSC, em suas finalidades, é o mesmo das defensorias; (c) a busca de efetivação de um convênio com o governo do Estado, pelo qual ele repasse recursos ao EMAJ em troca do trabalho desenvolvido. Saliente-se que a assistência jurídica integral e gratuita é obrigação dos estados-membros, devendo os mesmos, para isso, implantarem a Defensoria Pública. Hoje, em Florianópolis, é a UFSC que está fazendo efetivamente esse trabalho; (d) a tentativa de implementação de um trabalho conjunto com o Serviço de Atendimento Psicológico, pertencente ao estágio do Curso de Psicologia, visando o encaminhamento de alguns clientes do EMAJ que necessitam dessa espécie de atendimento; (e) a busca de acordos com os estágios das áreas de engenharia, que possibilitem a efetivação por parte desses de levantamentos topográficos, plantas, mapas e outros documentos que são regra geral necessários em ações possessórias. Também com os cursos das áreas médica e farmacêutica, visando à realização de perícias e exames que se façam necessários em processos do EMAJ; (f) a criação de um horário noturno para o EMAJ, o que permitiria um atendimento de assistência jurídica gratuita à população carente fora dos seus horários normais de trabalho; (g) a implantação de um trabalho de assessoria jurídica popular, voltado às associações de bairro, colônias de pescadores, etc.; (h) a contagem do tempo de estágio junto ao EMAJ como serviço público relevante e como prática forense, nos moldes previstos pela Lei Complementar nº 80/94 para os estagiários das defensorias públicas (art. 145, § 3º).

UM NOVO ENSINO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

1. Fórum criminal de Curitiba, Vara Especializada em Delitos de Trânsito. Fevereiro, dia útil, às 13,30 h. Calor insuportável com o sol batendo no prédio envidraçado; efeito estufa. A situação causa um mal-estar visível. Há no ar um aborrecimento geral, no melhor estilo Meursault, que poderia ser modelo para um novo Estrangeiro, se vivo Camus. Audiência para qualificação da ré, oitiva das testemunhas de acusação e interrogatório: procedimento *ex officio*, na sua modalidade *contravencional judicial*. Homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP), com caso penal decorrente de uma colisão entre um Fusca e uma carreta Scania, em cruzamento movimentadíssimo e perigoso entre a BR 116 e uma avenida importante, de bairro populoso. Com o primeiro impacto da colisão um menor recém-nascido projetou-se pela janela de trás do automóvel, para falecer esmagado embaixo do rodado do caminhão. Uma tragédia! Quatro testemunhas: três numerárias e um informante, o motorista da carreta.

* Professor de Direito Processual Penal na UFPr e na PUC/Pr, pós-graduado em Curitiba e Roma.

Já na qualificação, a ré, mãe da vítima, dirige-se ao juiz para mostrar sua insatisfação com o processo, no seu entender absolutamente injusto, não só porque havia sofrido — e sofria — com a morte do filho (o que era patético, mormente pelo choro compulsivo), mas porque era incisiva ao afirmar que havia passado com o sinal verde para o Fusca que dirigia. Em determinação providencial, foi remetida ao momento processual justo: o interrogatório; mas deixou sua marca indelével, sem amainar o calor.

Iniciada a instrução, a primeira testemunha é o informante: o sinal estava verde para o tráfego da BR 116 e, portanto, estava correto o seu agir. A segunda testemunha era o motorista de um ônibus coletivo que estava estacionado em uma paragem, em um ponto, pouco antes da avenida, do lado oposto ao que vinha o Fusca: o sinal estava vermelho para a sua mão de direção; então, verde à carreta. A terceira era uma senhora que estava a esperar pelo ônibus, em outra paragem, do lado contrário àquele onde estava o ônibus e foi taxativa: o sinal estava verde para o Fusca e, por conseguinte, vermelho à carreta. Nessa altura da audiência, massacrado pelo calor e pelo fantasma inquisidor que o nosso sistema processual penal lega aos magistrados, o meritíssimo juiz tem um ataque de cólera: completamente irado, ele, um senhor de muito respeito e que os ventos democráticos haviam beneficiado, quase que perde a razão e, esbravejando para quase todo o prédio ouvir, ameaça prender todo mundo, por se estar, no seu entender, a zombar da justiça. Silêncio absoluto. Passado o acesso, o escrevente, com ar de intimorato (só ar!) e escárnio, como um romano a se divertir no Coliseu, convoca a última testemunha, um perito do Instituto de Criminalística, que se apresenta na sala de audiências esbaforido, tal e qual a personagem Sébastien comparece às sessões de psicanálise com Michel Durand, no interessantíssimo *Neutralidade Suspeita*, de Jean-Pierre Gattégno. Qualificado — e quiçá espantado com os olhares arregalados de quem espera avidamente seu depoimento, nas circunstâncias muito mais um *vere dictum* —, vai logo respondendo com segurança e precisão, sem espaço para que se pudesse ter qualquer dúvida sobre o que referia: quando chegou ao local, logo em seguida à convocação pela autoridade de trânsito, o sinaleiro estava quebrado!; simplesmente não funcionava. Para desespero do magistrado e estupor da testemunha — que efetivamente não sabia o que se passava —, foi impossível conter a gargalhada! Todos, literalmente todos, riam!

Por óbvio, não havia por que ofender a Justiça; e não era essa a

intenção; muito menos ao magistrado, ao qual todos respeitavam e continuavam a fazê-lo, até porque merecia. A graça estava na fatalidade, na seqüência precisa de desajustes, de divergências, as quais, mal compreendidas, podem levar ao equívoco e, talvez, a um ato insensato.

Findo o novo acesso, nós de gravatas arriados, lágrimas nos olhos, mãos nas barrigas, a ordem era uma só: acareação geral para flagrar os mentirosos!; só afastada depois de muita conversa, muitas explicações, uma dose de Aristóteles e a evidência de que, todas, testemunhas da acusação (fossem da defesa quem sabe o resultado seria outro!), poderiam estar falando a verdade: olharam para o sinaleiro *em momentos* diferentes! A contradição, com efeito, reclama pela questão temporal; e salva gente, às vezes!

2. O espaço democrático conquistado pela nação brasileira — há hoje e é inegável um processo de democratização no país — angustiou a todos aqueles que entendiam difícil, senão impossível, uma convivência pacífica com o direito que respaldou o regime militar, quicá porque perversamente coloca a todos diante do espelho da individualidade, mostrando a mudança como apanágio da *assunção ideológica* de cada um; e não como uma mera substituição de leis.

A par daqueles que tentaram — e tentam — mentir para si mesmos (tarefa inglória essa tentativa de mimetismo!), não poucas vezes para sustentar o poder conquistado ou suas migalhas e repetir os mesmos erros daqueles que lograram substituir¹, o país viu nascer o “movimento do direito alternativo” que, paulatinamente, a partir de uma *assunção ideológica* e com nítido cariz progressista e pluralista, *vai assumindo* uma nova epistemologia, eminentemente aberta, a qual tem propiciado uma nova prática, mais condizente com o nosso tempo e, portanto, mais transparente. A base, como parece elementar, tem sido a chamada *Teoria Crítica do Direito*², para nós calcada, principalmente³, nos ensina-

1. No ex-Campo de Concentração de Dachau, próximo a Munique, na Alemanha, em seu museu, com o terror que o local causa, há um cartaz com uma frase singular, de Santayana: “Aqueles que não se recordam do passado estão condenados a revivê-lo”.

2. Jacinto Nelson Miranda Coutinho. *Por um direito da libertação ou uma libertação do direito*, p. 131.

3. Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, p. 97 e ss.

mentos de Lyra Filho⁴, Warat⁵ e Coelho⁶.

Não se trata, por evidente, de um *novo direito*, um *outro direito*, a ser colocado — e fossilizado — no lugar do direito positivo. Tal noção foi exorcizada pelo “movimento” e, por todos, são cabais as palavras de Agostinho Ramalho Marques Neto: “Trabalhar a noção de Direito Alternativo exige, portanto, a capacidade de sustentar a insistência da interrogação, a provisoriedade das respostas, o plural das significações, como atitudes fundamentais perante o conhecimento e perante a vida.(...) Querer estancar essa multivocidade, fixando um sentido mediante a exclusão de todos os outros, importa em fixar também o oposto dialético desse sentido, esgotando a expressão Direito Alternativo, encaminhando o conteúdo e a forma de tal expressão na direção de um uso dogmático e, por isso mesmo, inviabilizando-a.(...) Isso não quer dizer que o jurista alternativo não possa privilegiar certos critérios de alternatividade em detrimento de outros. A rigor, não lhe é possível abster-se de fazer isso. Impõe-se-lhe, no entanto, como regra metodológica fundamental, que não os erija como verdades definitivas, e sobretudo que não os ponha acima de qualquer crítica. Este pôr-acima-da-crítica é, por sinal, a essência mais profunda do dogmatismo.”⁷ Não obstante, há quem sustente que “o Direito Alternativo não possui um aparato teórico que o caracterize como tal”, razão pela qual “entendemos que se deva iniciar estudos nesse sentido, especialmente na área de uma Epistemologia que permita verificar um comprometimento com um sentido.”⁸ Não há, sem embargo,

4. Roberto Lyra Filho. *Humanismo dialético*, pp. 15-103.

5. Luís Alberto Warat. *O direito e sua linguagem*, 103 p.

6. Luiz Fernando Coelho. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, p. 306-42.

7. Agostinho Ramalho Marques Neto. *Direito alternativo e marxismo: apontamentos para uma reflexão crítica*, p. 40.

8. Pedro Moacyr Pérez da Silveira. *Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem*, p. 101. Embora não aceite o Direito Alternativo como um *outro direito* — e tenha sido um crítico feroz da terminologia, à evidência equivocada —, até pelos erros aos quais conduz os menos avisados, não poderia deixar de registrar a base do pensamento do professor da Univ. Federal de Pelotas, na mesma p. 101: “Não há Epistemologia parcial, isto é, aquela que venha a atingir apenas uma sorte de teorias que componha um todo maior. O problema decorrente dessa noção — parece-me — é que a definição epistemológica também é fruto de um entendimento teórico, ou seja, a Epistemologia da Filosofia do Direito também será uma teoria. Isso não elide, porém, a necessidade de criação de uma

que começar de novo, dado operarmos com uma epistemologia crítica. Há, não obstante, uma nova postura, ou seja, *uma nova prática*, a começar pelo ensino do direito.

Não é de hoje que o ensino jurídico sofre uma crise e que é, no fundo, a fotografia da crise do próprio país. San Tiago Dantas já a havia identificado, em 1955, na famosa proclamação da Faculdade Nacional: “Quando fracassa a classe dirigente na sua função específica de resolver problemas e de manter em uso as técnicas de controle da sociedade e da natureza, cabe um papel histórico às universidades e às escolas, pela capacidade que deve ter toda corporação estudiosa de se desprender, pelo raciocínio, dos processos sociais de que participa, e medir a sua extensão, verificar o seu sentido e apontar os meios de retificá-los.(...) É certo que na perda de poder criador da sociedade, a Universidade tem a confessar grandes culpas.(...); em grande parte isso se deve ao alheamento e à burocratização estéril das nossas escolas, que passaram a ser meros centros de transmissão de conhecimentos tradicionais, desertando o debate dos problemas vivos, o exame das questões permanentes ou momentâneas de que depende a expansão, e mesmo a existência da comunidade.”⁹

A partir daí, muitos são os estudos que desnudam o ensino jurídico, colocando-o, apesar das infundáveis resistências, diante de sua própria realidade e, por ela, busca-se seu redimensionamento. Por todos, há de se verem os trabalhos de Edmundo Lima de Arruda Junior¹⁰, José Lamar-

Epistemologia desse saber comprometido, com vistas a permitir o seu embate com ‘epistemologias’ de cunho idealista. É preciso dicotomizar a Filosofia do Direito em dois grandes blocos: o que vê o binômio Direito/Sociedade dentro de parâmetros abstrativos e o que não permite conceber os elementos desse binômio sem que o ponto de conexão de ambos seja efetivamente concreto. Isso consiste, a nosso ver, no próprio dimensionamento epistemológico que se almeja.”

9. Francisco Clementino de San Tiago Dantas. *A educação jurídica e a crise brasileira*, p. 541. V., ademais, o parágrafo da p. 453: “A didática tradicional parte do pressuposto que, se o estudante conhecer as normas e instituições, conseguirá, com os seus próprios meios, com a lógica natural de seu espírito, raciocinar em face de controvérsias, que lhe sejam amanhã submetidas. O resultado dessa falsa suposição é o vácuo que a educação jurídica de hoje deixa no espírito do estudante já graduado, entre os estudos sistemáticos realizados na escola e a solução ou a apresentação de controvérsias, que se lhe exige na vida prática.”

10. Edmundo Lima de Arruda Júnior. *Introdução ao idealismo jurídico*:

tine Correia de Oliveira Lyra¹¹, Álvaro Melo Filho¹², Luís Alberto Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha¹³, Roberto Lyra Filho¹⁴, Roberto Aguiar¹⁵, José Eduardo Faria¹⁶, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo¹⁷, Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁸, Clèmerson Merlin Clève¹⁹, João Baptista Herkenhoff²⁰, Agostinho Ramalho Marques Neto²¹. Tais estudos sobre a matéria — que não esgotam, obviamente, o número daqueles que a discutiram —, não só denunciam a crise como indicam na direção de uma nova *praxis*. Esta, não obstante, não prescinde da subjetividade; antes, exige uma *assunção ideológica* e, assim, abre espaço para o “movimento do direito alternativo” que, como tal, está em constante *processo* de (*de*)*formação* e não quer — e não pode — jogar com a falácia cartilhistas, no melhor estilo althusseriano.

Tendo por horizonte utópico a máxima cristã “vida em abundância para todos” (João, 10:10)²² e como tese fundamental a de que “o direito existe não para manter a ordem, mas para transformá-la, e que a ciência do direito existe, não para constatar uma ordem imanente, revelada nas instituições, mas para transformá-la”²³, é inevitável que o ensino do di-

uma releitura de San Tiago Dantas, 140p.; *Ensino Jurídico e sociedade: formação, trabalho e ação social*, 83p.; *Reflexões sobre um ensino jurídico alternativo*, p. 57 e seguintes.

11. José Lamartine Correia de Oliveira Lyra. *A liberdade e o ensino jurídico*, p. 101 e ss.

12. Álvaro Melo Filho. *Reflexões sobre o ensino jurídico*, 123p.

13. Luís Alberto Warat & Rosa Maria Cardoso da Cunha. *Ensino e saber jurídico*, p. 21 e ss.

14. Roberto Lyra Filho. *Por que estudar direito, hoje?*, 34p.

15. Roberto A.R. de Aguiar. *A crise da advocacia no Brasil*, p. 78 e ss.

16. José Eduardo Faria. *A reforma do ensino jurídico*, p. 14 e ss.; *Professor apresenta proposta para o ensino de Direito*, 3¹.

17. José Eduardo Faria & Celso Fernandes Campilongo. *A sociologia jurídica no Brasil*, p. 25 e ss.

18. Horácio Wanderlei Rodrigues. *Ensino jurídico: saber e poder*, 136p.

19. Clèmerson Merlin Clève. *Ensino jurídico e mudança social*, p. 231 e ss.

20. João Baptista Herkenhoff. *Ensino Jurídico e direito alternativo: reflexões para um debate*, p. 84 e ss.

21. A. R. Marques Neto. *A importância do direito no Brasil de hoje*, p. 4 e ss.

22. Amílton Bueno de Carvalho & André Baggio. *Jusnaturalismo de caminhada: uma visão ético-utópica da lei*, p. 56.

23. L.F. Coelho. *Lógica* ... cit., p. 339.

reito seja encarado como um *processo transferencial* e, assim, parece indispensável a psicanálise e a lembrança do nome de Warat: “Por que não pensar então em ‘alunautas’ de uma ‘cosmoaula’, ‘jurisnautas’ de um ‘cosmoportun’, ou ‘epistenautas’ e ‘logiconautas’ de verdades mágicas? Um jogo onde poderíamos recuperar a capacidade de penetrar o presente.(...) É importante considerar, a esta altura, que, desde o ponto de vista pedagógico, pela via da invenção e da ilusão, pode-se tentar conjuntamente a sondagem dos limites dos códigos acadêmicos e epistêmicos estabelecidos. O docente precisa ironizar-se, mostrar-se como uma esfinge sempre a ponto de ser revelada.(...) Assim, na sala de aula, a criação lúdica pela linguagem e a ação dos desejos passam a ser um instrumento de descoberta do real.(...) Devemos minar a linguagem jurídica para aprender que o direito também é o espelho da irracionalidade humana. A justiça também é o teatro do absurdo.(...) Estou farto do ensino tradicional. Sua linguagem instituída nos coloca na pior das prisões.”²⁴

Uma nova postura do ensino do direito não pode deixar ao largo o ensino do direito processual, quicá a cidadela mais inexpugnável do conservadorismo jurídico, dada a sua estrutura basicamente *instrumental* e, portanto, ao mesmo tempo que pretensamente cerrada nas *formas*, manipulável pelo *discurso de autoridade*, posto a inexistência de um conteúdo palpável. O faz-de-conta do discurso jurídico assume, nas lições de direito processual (em especial nas de direito processual penal), a sua dimensão mais clara e perversa. É impossível, deste modo, mantê-lo atado ao *dogmatismo* atual, sem embargo de ser imprescindível a *dogmática*, a ser repassada a partir de uma visão *alternativa*, na base da *teoria crítica*. Agir de modo vário, dentro do estrito modelo atual, assumindo a *alienação*, é oferecer um convite à crítica²⁵, de todo procedente, justo por começar o direito e a vida.

3. Não parece — e não é — impossível um novo direito processual e, em especial, um novo direito processual penal. Assim como a *neurose*

24. L. A. Warat. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, p. 42 e ss.

25. Roberto Lyra Filho. *Por que...* cit., p. 23: “Mas não se trata, sequer, de rejeitar, em bloco, a erudição de docentes conservadores. Estes dividem-se em três grupos principais: os ceguinhos, que servem à dominação por burrice e ignorância; os catedráticos, que a ela servem por safadeza; e os nefelibatas, que acabam fazendo a mesma coisa, por viverem nas nuvens.”

tende a ser proporcional à dimensão da *resistência*, do mesmo modo a cidadela do direito processual abre tantos espaços para ser penetrada que não merece sequer este nome e, muito menos, o receio dos processualistas em desvirginá-la, o que só ocorre porque têm operado, no mais das vezes, fechados dentro do próprio direito processual, no mais absurdo *dogmatismo* e, pior, na sua face mais mítica, o *legalismo*. Há, como sabem todos, um alheamento às *questões filosóficas*²⁶, em primeiro lugar e, depois, à *interdisciplinaridade*, a começar pela *psicanálise*²⁷, sem a qual não se consegue compreender, em novos tempos, a própria essência de institutos fundamentais como a *jurisdição*, o *processo* e a *ação*.

26. Quem melhor identificou essa situação foi Plauto Faraco de Azevedo: “Tudo se passa, segundo o ponto de vista tradicional, como se o direito se compusesse de duas partes estanques, uma lógica, ocupando-se da ‘ciência das normas’, e, outra, axiológica, a que incumbiria o trato dos valores tanto subjacentes quanto buscados pela ordem jurídica. Destas duas partes, em que se fraciona o direito, ressalta, ao demais, a importância primordial da primeira, figurando a segunda como seu ornamento, a ser especulado por quem tiver o lazer para cultivar os ‘jogos do espírito’. Todavia, esta cisão pretensamente ‘científica’ é desmentida pela própria estrutura das regras jurídicas de conduta.” (*Justiça distributiva e aplicação do direito*, p. 110). Tal obra é de 1983 e, antes (1979), o tema já começava a ganhar espaço na obra do autor: Limites e justificação do poder do Estado, p. 176 e ss. É imperativo notar, ainda que como uma forma atrasada de resgate, que ele, com suas idéias brilhantes e sua inigualável clareza no escrever, foi um dos precursores do “movimento do direito alternativo”, quiçá a partir de suas lições na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ademais, é preciso uma análise mais atenta de seus trabalhos, o que confirmará minhas assertivas: “Para afastar esta perniciosa cisão não se exige dos juristas conhecimentos enciclopédicos de lógica e axiologia jurídicas. O que é indispensável é que tenham abertura e sensibilidade para o social, de modo a encararem os problemas jurídicos que nele brotam sem pretender indebitamente focalizá-los sob um único ângulo, mas deixando o espírito livre para *examiná-los criticamente*. (...) É de manifesta conveniência que os novos juizes, que haverão de fazer face à mudança que se avizinha, estejam conscientes da ilusão lógico-matemática no âmbito jurídico, e da *necessidade de valorizar para bem decidir*” (*Justiça distributiva...*, 1983, p.115). A temática da cisão do discurso jurídico e a necessidade de sua superação retornam em seu Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica, p. 17 e ss, obra de leitura imprescindível.

27. J. N. Miranda Coutinho. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 136 e seguintes.

Mas não é só isto: faz-se mister denunciar um *patrulhamento* acirrado àqueles que ousam escapar à *totalidade* do direito processual. Bom exemplo disto é o trabalho inovador de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, o qual, apesar da posição do seu autor, sofreu uma série de restrições (até de quem não leu!), abertas ou veladas, mas todas cínicas porque, distantes da sua essência, apegam-se ao periférico e, a partir daí, sofismam, para esconder o escandaloso desastre que é o encontro, forçado pelo livro, dos *doutos* com o espelho: “... o momento é chegado para que, com a consciência dos defeitos do sistema e visão dos caminhos a trilhar, uma *nova mentalidade* se forme entre os cultores do processo. É preciso pensar de acordo com os tempos.”²⁸

Novas bases aparecem, com certeza, em Rui Portanova, em seu *Motivações ideológicas da sentença*²⁹, assim como, no direito processual penal, em Nilo Bairros de Brum, em seu *Requisitos retóricos da sentença penal*³⁰, textos que não podem ser dispensados em hipótese alguma. Afinal, é preciso estar atento, sempre, à lição de Capella: “Novas matérias, menos formais e mais históricas, podem substituir com vantagem a velha sistemática. Os problemas do processo legal perceber-se-ão seguramente melhor, por exemplo, através de uma ‘História da prova jurídica’, do que através do tradicional ‘Direito Processual’, transformado, nas faculdades, numa retenção mnemônica de termos e prazos legais.”³¹

Ademais, como há todo um sistema para se rediscutir, parece conveniente que se comece pelos *grandes temas*, pelos *temas nobres*³², mas nada impede que se observe os *secundários*, os menos importantes, aqueles que mais se desprezam, como a *acareação*, sugerida como panacéia

28. Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*, pp. 11-12.

29. Rui Porta Nova. *Motivações ideológicas da sentença*, 173p.

30. Nilo Bairros de Brum. *Requisitos retóricos da sentença penal*.

31. Juan Ramon Capella. *Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas*, pp. 66-7.

32. Já ensaiei articulações nesta direção, por entender da sua importância. Exemplo disto é a minha dissertação apresentada à Universidade Federal do Paraná, *A lide e o conteúdo do processo penal*, onde procuro discutir, como o nome está a dizer, a própria essência do processo penal; e minha tese *L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penale brasiliano*, apresentada à *Università degli Studi di Roma*, onde busco discutir o nosso sistema processual penal e uma saída para o mesmo.

no exemplo inicial, exatamente porque é aqui, onde a preocupação é menor e o rigor das formas, no ensino, mais descurado, que o espaço à demonstração do novo, está totalmente aberto. São em temas como este (*acareação*), aos quais se reservam poucos minutos em um curso de direito processual, que se percebe quão pouco inovadores — e por outro lado repetitivos — são os nossos professores. Por outro lado, são nesses momentos que conseguimos compreender que, todos, na maiorias das vezes, repetimos como ato automático, sem nos dar conta da malignidade da *neutralidade docente*, pela via da *bondade dos textos* repassados acriticamente. *Acareação*, por exemplo, para ser visitada satisfatoriamente, não pode prescindir de uma análise a partir do princípio da *não contradição*, a começar pela enunciação de Aristóteles.

Este breve estudo, sem muitas pretensões, quer, antes de tudo, fazer ver que não se pode desprezar momentos e temas na busca de um novo horizonte e, também, convidar a todos para trilhar, sem medo, por novos caminhos, porque necessário à democracia.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR, Roberto A.R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. São Paulo: Alfa-ômega, 1991.
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Ensino jurídico e sociedade: formação, trabalho e ação social*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- _____. *Introdução ao idealismo jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas*. Campinas : Julex, 1988.
- _____. *Reflexões sobre um ensino jurídico alternativo*. In: *Revista de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1992, n. 1.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1989.
- _____. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Sobre a extinção do direito e a supressão dos juristas*. Tradução de Maria Luzia Guerreiro. Coimbra: Centelha, 1977.
- CARVALHO, Amilton Bueno & BAGGIO, André. *Jusnaturalismo de caminhada: uma visão ético-utópica da lei*. In: *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1992.
- CLEVE, Clemerson Merlin. *Ensino jurídico e mudança social*. In: *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2.ed. Rio de

- Janeiro : Forense, 1981.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- FARIA, José Eduardo & CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- HERKENHOFF, João Batista. *Ensino jurídico e direito alternativo: reflexões para um debate*. In: *Revista de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, n.2.
- LYRA FILHO, Roberto. *Humanismo dialético*. In: *Direito e avesso*. Brasília : Nair, 1983, ano 2, n.3.
- _____. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília : Nair, 1984.
- LYRA, José Lamartine Correia de Oliveira. *A liberdade e o ensino jurídico*. In: *Anais da VIII conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus: s.e, mai.1980.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A importância do direito no Brasil de hoje*. São Luis : CORSUP/EDUFMA, 1993.
- _____. *Direito alternativo e marxismo: apontamentos para uma reflexão crítica*. In: *Revista de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992, n.1.
- MELO FILHO, Álvaro. *Reflexões sobre o ensino jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba : Juruá, 1989.
- _____. *Por um direito da libertação ou uma libertação do direito*. In: *Revista do instituto dos advogados do Paraná*. Curitiba : s.e, n. 16, 1990.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1992.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico — saber e poder*. São Paulo : Acadêmica, 1988.
- SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *A educação jurídica e a crise brasileira*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 52, v. 159, mai-jun. 1955.
- SILVEIRA, Pedro Moacyr Pérez da. *Por uma filosofia jurídica do homem para o direito do homem*. In: *Revista de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, n. 2.
- WARAT, Luís Alberto & CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.
- WARAT, Luís Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.
- _____. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

O ESTADO EM JUÍZO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

*José de Albuquerque Rocha**

Sumário: 1. Considerações Iniciais Sobre a Igualdade. 1.1. Definição. 1.2. Finalidade da Pesquisa Sobre a Igualdade nas Ciências Naturais e Sociais. 2. Igualdade Formal e Estado Liberal. 3. Igualdade Material e Estado Social. 4. Distinção entre Tratamento Normativo Desigual, de um Lado, Privilégio e Discriminação, de outro Lado. 5. Requisitos Justificadores de um Tratamento Normativo Desigual: 5.1. Diversidade de Fato Entre as Situações ou Sujeitos Normativamente Desiguais. 5.2. Finalidade da Desigualação Normativa. 5.3. Constitucionalidade dos Fins. 5.4. Racionalidade do Tratamento Normativo Desigual. 5.5. Proporcionalidade. 6. O Princípio da Igualdade no Processo: Igualdade Formal e Material. 7. O Estado em Juízo: Tratamento Desigual. Investigação de sua Legitimidade: 7.1. O Estado e os demais Sujeitos de Direito: Diversidade Estrutural e Funcional. 7.2. Finalidade do Tratamento Desigual de que se Beneficia o Estado. 7.3. Constitucionalidade dos Fins. 7.4. Racionalidade. 7.5. Proporcionalidade. 8. Considerações Finais.

1. Considerações Iniciais sobre a Igualdade

1.1. Definição

Vamos iniciar tentando dar uma definição de igualdade que fun-

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Pós-Doutorado na Universidade de Paris.

cionará como uma hipótese de trabalho, ou seja, como uma proposição admitida de modo provisório para os fins de orientar e estruturar o trabalho.

Sucintamente, a igualdade pode ser definida como uma relação de paridade entre dois termos.

A igualdade é objeto dos mais diversos discursos, do familiar ao científico.

No campo científico, partindo de sua tradicional divisão em ciências naturais e sociais, o discurso sobre a igualdade apresenta características e finalidades diferentes.

Na matemática, assim como nas ciências que lhe são diretamente ligadas, o discurso sobre a igualdade se reveste de um grande rigor, no sentido de que a igualdade se traduz em uma relação de identidade praticamente absoluta entre dois termos. Isto se deve ao fato de as realidades colocadas em confronto nas ciências matemáticas ou dela dependentes serem simples, só apresentando uma dimensão relevante.

Todavia, quando saímos do terreno das ciências dos números ou a ela vinculadas e adentramos no das ciências sociais, o raciocínio complica-se. Isto decorre da complexidade das realidades objeto dessas ciências, apresentando muitas dimensões relevantes, de onde resulta não serem iguais sob todos os aspectos, mas só a respeito de alguns deles. A consequência é o caráter apenas relativo da igualdade nas ciências sociais, no sentido de que só vale em relação ao ponto de vista tomado como critério de avaliação das entidades colocadas em confronto.

Dessa forma, quando se fala em igualdade nas ciências sociais entende-se falar de uma igualdade sempre relativa, isto é, referida a um particular ponto de vista. Daí a necessidade e importância da escolha do critério ou ponto de vista que vai servir de padrão para definir a relação de igualdade entre pessoas ou situações colocadas em confronto.

1.2. Finalidade da pesquisa sobre a igualdade nas ciências naturais e sociais

Quando um estudioso das ciências ditas da natureza toma a igualdade como objeto de seu estudo, o faz, normalmente, com o propósito de conhecer com mais precisão os elementos colocados em cotejo para melhor defini-los, classificá-los, dividi-los, etc. Em suma, para o cientista

da natureza o estudo da igualdade tem um interesse basicamente teórico, no sentido de que se destina a aperfeiçoar seu conhecimento sobre as realidades comparadas para melhor manipulá-las, etc.

Para o jurista e o político, ao contrário, a comparação entre duas entidades apresenta um interesse preponderantemente prático, embora não deixe de haver também um interesse teórico. No caso específico do jurista, o fim prático que o move, ao confrontar as realidades sociais, é mais acentuado ainda, uma vez que a comparação visa permitir-lhe a formulação de um juízo sobre o tratamento normativo a ser dispensado às realidades cotejadas, se devem ser tratadas de modo igual ou desigual.

Assim, a questão da igualdade no direito está relacionada à preocupação com a justiça do tratamento normativo a ser dado às pessoas ou situações que são comparadas. A propósito, não esqueçamos que a igualdade é uma das mais elevadas aspirações do ser humano, em todas as épocas, uma verdadeira exigência do espírito de justiça da pessoa humana.

2. Igualdade formal e estado liberal

A igualdade formal, como qualquer acontecimento humano, está ligada a precisas circunstâncias históricas. Sua compreensão exige, pois, o conhecimento das vicissitudes históricas que a determinaram.

Sabemos que a sociedade do antigo regime feudal tinha uma estrutura estamental, quer dizer, era composta por distintos estamentos a que correspondiam diferentes ordenamentos jurídicos e jurisdições. Isto significa que a lei e a jurisdição eram distintas, variando em razão da condição estamental do destinatário da norma. A cada estamento de que se constituía a antiga sociedade feudal correspondiam regras jurídicas e tribunais distintos.

Sabemos também que no sistema feudal, o estamento mais discriminado era a emergente classe da burguesia. Daí seu grande desejo de abolir a pluralidade de ordenamentos jurídicos e jurisdições, para que todos fossem submetidos a uma só lei e jurisdição, condições imprescindíveis para sua expansão econômica.

A Revolução de 1789, promovida e vencida justamente pela burguesia, foi o grande acontecimento histórico que aboliu o regime feudal

e suprimiu o pluralismo jurídico e jurisdicional, proclamando, assim, o princípio da igualdade formal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, independente de sua posição na estrutura social, proclamação constante da primeira declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, editada pelos revolucionários, cujo artigo primeiro anuncia, solenemente, a liberdade e a igualdade dos homens em direitos, proibindo as distinções fundadas na condição social.

Desse modo, a igualdade formal é uma conquista dos revolucionários de 1789, liderados pela burguesia, consistindo, como vimos, na eliminação da pluralidade de ordens jurídicas e jurisdições em razão da condição social das pessoas, a fim de haver uma só lei e uma só jurisdição para todos. Por isso, é denominada de igualdade perante a lei, justamente, por igualar todos perante a lei, significando, em essência, que a lei reconhece a todos a mesma capacidade potencial para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, reconhece que todos são, potencialmente, titulares de iguais situações jurídicas ativas e passivas.

Cuida-se, pois, não de estabelecer a igualdade entre as pessoas, mas de estabelecer a igualdade de todas as pessoas diante dos efeitos e do alcance da lei, no sentido de que a lei opera os mesmos efeitos e tem o mesmo alcance em relação a todos, diversamente do que ocorria no feudalismo, onde a eficácia e o âmbito de validade pessoal da lei variavam em função da pertinência das pessoas a uma casta social.

De onde o caráter geral e abstrato da lei, inaugurada pela Revolução de 1789, justamente, porque a generalidade, implicando uma normatividade adaptada a todos e não a indivíduos ou grupos, impede os privilégios e discriminações, típicos do antigo regime, e a abstração, implicando a aplicação da lei às situações futuras por ela previstas, abstratamente, garante sua duração no tempo, o que não ocorreria se aplicada apenas a situações concretas, quando se exauriria com uma única aplicação, o que sacrificaria a previsibilidade do direito, indispensável ao regular o funcionamento do mercado, instituição essencial a um regime de igualdade formal ou de livre concorrência.

O primeiro estado a concretizar a igualdade formal foi, logicamente, o Estado oriundo da Revolução de 1789, vencida pela burguesia, que se caracterizava, justamente, por sua posição de pretensa equidistância da realidade sócio-econômica, que consiste, como vimos, de um lado, em não se intrometer no chamado espaço da sociedade civil, que é o “lu-

gar” onde os indivíduos perseguem a satisfação de seus interesses particulares, tarefa deixada a cada um, de outro lado, em decorrência da posição anterior, em considerar todos, abstratamente, como pertencentes ao mesmo gênero humano, por consequência, tratá-los de modo igual, sem levar em conta suas diferenças concretas de riqueza, cultura, origem familiar, situação social, etc.

Por ser um estado absenteísta, oposto ao estado feudal absolutista, passou à história como exemplo de primeiro modelo de Estado liberal, assim chamado por ter como fundamento o princípio da igualdade formal, significando, justamente, como vimos, indiferença em frente às desigualdades existentes na realidade concreta da vida, entendidas como um problema, cuja solução era deixada a cargo de cada um.

3. Igualdade material e estado social

Acabamos de ver que para os teóricos do Estado liberal a igualdade nada tem a ver com as relações sociais e econômicas. Não lhes interessa a desigualdade real, ou seja, que as pessoas sejam ricas, pobres, trabalhadores, empresários, etc. O que lhes interessa é a igualdade abstrata que deriva do fato de as pessoas serem membros de um mesmo gênero humano, dotadas de características comuns, como é razão, a liberdade, a vontade, que, por isso, devem ser tratadas pelo direito de modo formalmente igual, o que se traduz na atribuição a todos de uma mesma capacidade jurídica abstrata, ou seja, de uma mesma idoneidade potencial para adquirir direitos e contrair obrigações, pouco importando se isso é muito fácil para alguns e difícil ou impossível para a maioria.

A igualdade formal ou abstrata provocou grandes transformações na realidade, aumentando muito as contradições entre riqueza e pobreza, especialmente, no assim chamado terceiro mundo.

Com efeito, em um universo já marcado pelos desequilíbrios, a lógica interna da igualdade formal, que é a lógica do mercado, que, por sua vez, é a mesma lógica da lei de Darwin, da sobrevivência do mais forte, tende a aprofundar esses desequilíbrios, sobretudo nas relações de produção, aumentando a taxa de exploração do trabalhador (o mais fraco) com o conseqüente enriquecimento do comprador da força de trabalho (o mais forte). Quadro que se agravou ainda mais com a revolução industrial que, promovendo o extraordinário avanço da ciência e

tecnologia, forneceu aos detentores do poder, na sociedade, o instrumental necessário ao domínio e transformação da natureza e, ressalte-se, à manipulação do próprio ser humano, possibilitando uma rápida expansão do capitalismo, circunstância a aumentar, enormemente, as posições de poder das classes social e economicamente favorecidas em detrimento das classes despossuídas.

Estas contradições levaram os mais fracos a organizarem-se a fim de resistir à opressão, movimento que se ampliou ao ponto de ameaçar a continuidade do sistema liberal da igualdade formal, ameaça que se tornou mais palpável com a Revolução Russa de 1917 que, na época, exerceu forte sedução sobre os trabalhadores do ocidente europeu.

O risco iminente de uma ruptura violenta do sistema exigiu a intervenção do poder público nos campos econômico e social tendentes a diminuir os contrastes e, por consequência, afastar os trabalhadores da opção revolucionária, o que redundou em superação histórica da igualdade formal do Estado liberal absenteísta e no advento da igualdade substancial correspondente ao Estado social intervencionista.

Ao contrário do Estado liberal, o Estado social preocupa-se, preponderantemente, com a desigualdade real, que busca eliminar, tratando desigualmente os desiguais. Exemplo disto é o caráter protecionista do direito do trabalho. Assim, o princípio da igualdade substancial parte de uma premissa oposta à igualdade formal: enquanto esta considera as pessoas abstratamente iguais, já que todas dotadas de características abstratas comuns, como a razão, liberdade, vontade, etc., a igualdade substancial preocupa-se com a realidade de fato, onde as pessoas são desiguais, a reclamar um tratamento desigual para poderem desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal. Por este prisma, a igualdade substancial é um meio de correção das desigualdades reais.

O princípio da igualdade substancial, importando em tratamento normativo desigual de situações, pessoas, grupos ou classes, em razão de sua diversidade de fato, incide sobre a estrutura e função do direito, especialmente, quanto às características da generalidade e abstração das leis, que, como acabamos de ver, são próprias da estrutura das normas legais do Estado liberal.

Do ponto de vista da estrutura, o direito passou por um processo de atomização em decorrência do grande número de normas setoriais e

concretas para atender os interesses particulares dos inúmeros grupos formadores da estrutura social, hoje.

Do ponto de vista funcional, o direito deixou de ser instrumento a serviço da manutenção-conservação dos interesses já realizados, para ser meio de transformação da realidade social visando a adaptá-la às novas exigências dos grupos emergentes em luta pela afirmação de seus interesses.

No Brasil, a igualdade substancial é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição, artigo 3º e seus itens, entre outros, que institui o dever da República de promover as condições para diminuir as desigualdades materiais entre as pessoas e grupos em que se integram, a supor o reconhecimento constitucional da existência de desigualdades concretas na sociedade atual e a necessidade imperiosa de superá-las.

De modo que laboram em grave equívoco os que pensam ser a igualdade formal um princípio absoluto. Se o século passado e os primeiros anos do presente foram marcados pela prevalência praticamente absoluta da igualdade formal típica do liberalismo, o que predomina, hoje, principalmente em sociedade dilacerada por graves contradições sociais e econômicas, como a nossa, é a preocupação, refletida inclusive na Constituição, que a erige à categoria de dever da República, de diminuir as desigualdades materiais, através da técnica do tratamento normativo desigual a situações e sujeitos concretamente diferentes.

4. Distinção entre tratamento normativo desigual, de um lado, privilégio e discriminação, de outro lado

• Neste número, tentaremos mostrar, como o indica o título, que a Constituição distingue entre tratamento normativo desigual, por um lado, e tratamento privilegiado e discriminatório, por outro lado.

Vimos, precedentemente, que a Constituição atribui ao poder público o dever de promover as medidas necessárias destinadas a diminuir as desigualdades entre pessoas e grupos sociais. Consagra, pois, o princípio geral da igualdade substancial que se efetiva, como sabemos, através do tratamento normativo desigual.

Acontece, porém, que o poder público, ao promover providências para remover obstáculos impeditivos da igualdade real das pessoas e

grupos, evidentemente, não pode infringir outros princípios básicos do ordenamento jurídico, entre os quais, o princípio geral da igualdade formal, que veda o arbítrio no exercício do poder.

O problema está, pois, em saber quando as atividades do poder público para promover a igualdade real se contém nos limites constitucionais, ou, ao contrário, quando configuram privilégio ou discriminação.

Verificar quando as atividades do poder público, encaminhadas a promover a remoção dos óbices impeditores da realização da igualdade real, se contém nos limites da constitucionalidade, requer a correlação e o perfeito entendimento dos dois princípios fundamentais da Constituição sobre a igualdade.

O primeiro é o artigo 5º que estabelece o princípio geral da igualdade formal perante a lei, que funciona como um limite à atuação do poder público, impedindo-lhe de desequiparar as pessoas de modo arbitrário.

O segundo é o artigo 3º e seus itens, entre tantos outros, a impor o dever de tratar desigualmente os desiguais como forma de diminuir as desigualdades reais.

Portanto, a licitude ou não das atuações do poder público vai depender da inter-relação entre os dois princípios. Não há, pois, proibição absoluta de tratamento normativo desigual, senão de desigualação jurídica sem justificativa constitucional, que caracterizaria o privilégio e a discriminação.

Privilégio e discriminação vêm a ser, pois, desigualdade normativa sem respaldo no sistema constitucional, não se confundindo com o tratamento normativo desigual que tem base objetiva e suporte constitucional.

Em última análise, o que se pode dizer é que o artigo 5º, da Constituição, proclamando a igualdade de todos perante a lei, institui a presunção de paridade de tratamento jurídico, que só pode ser infirmada diante da demonstração de necessidade de um tratamento desigual, nos termos dos dispositivos constitucionais do artigo 3º e seus itens, entre outros, supra-indicados.

Por isso, o tratamento normativo desigual deve ser sempre adequadamente justificado, assunto de que cuidamos no próximo número, onde analisamos os diversos critérios elaborados pela doutrina e jurisprudência, sobretudo alienígenas, para permitir a verificação da legitimidade de um dado tratamento normativo desigual.

5. Requisitos justificadores de um tratamento normativo desigual

Ao analisar a distinção entre tratamento normativo desigual, de um lado, e discriminação e privilégio, de outro lado, verificamos que a licitude do primeiro depende de que seja fundado em uma base objetiva, por força do artigo 5º da Constituição, que, estabelecendo o princípio geral da igualdade, exige sempre um motivo justificador para a desigualação.

Vejam, pois, quais as exigências que devem satisfazer um tratamento normativo desigual para que possa ser considerado legítimo e não uma discriminação ou privilégio.

5.1. Diversidade de fato entre as situações ou sujeitos normativamente desiguais

A primeira condição para que um tratamento normativo seja juridicamente válido e não constitutivo de discriminação e privilégio, constitucionalmente inadmissíveis, é que exista uma diversidade de fato entre as situações ou sujeitos colocados em cotejo para fins de tratamento normativo. Vale dizer, o tratamento desigual deve estar ancorado em uma diferença de fato.

Com efeito, o que justifica, à luz da Constituição, um tratamento jurídico desigual é a existência de diferenças de fato entre as situações ou sujeitos postos em comparação, que, por serem dessemelhantes, exigem tratamento legal também dessemelhante, uma vez que só cabe atribuir consequências jurídicas desiguais quando se trate de hipóteses também desiguais.

Assim, a desigualdade das situações ou sujeitos, objeto de um tratamento normativo desigual, é a primeira exigência para avaliarmos a legitimidade desse tratamento desigual.

Quando se trata de situações naturais, é fácil estabelecer o juízo de identidade ou diversidade, já que tais situações são geralmente simples. Quando, porém, se trata de comparar realidades sociais, como pessoas ou grupos, a comparação torna-se difícil, dada a grande complexidade dessas realidades, apresentando uma riqueza de aspectos.

Nesse caso, a solução é procurar identificar o critério utilizado pela autoridade normativa como padrão hermenêutico para decidir se as realidades cotejadas são iguais ou não — é, em consequência, justificar a

equiparação ou o tratamento diferenciado.

Daí a grande importância para o intérprete de investigar o critério ou ponto de vista, a partir do qual a norma fez a comparação, pois, é em função dele que pode concluir se o tratamento normativo desigual é legítimo ou se, ao contrário, configura uma discriminação ou privilégio, constitucionalmente proibidos.

5.2. Finalidade da desigualdade normativa

O segundo requisito para que um tratamento normativo desigual seja válido é sua finalidade. O tratamento normativo desigual deve ter uma finalidade, já que os poderes públicos não podem atribuir às pessoas e grupos sociais posições jurídicas de vantagem sem um objetivo concreto, pois isto violaria o princípio da igualdade que, como vimos, é a regra geral imposta à observância de todas as autoridades. Por isso a exigência de fundamento para o trato desigual.

Por conseguinte, o tratamento normativo desigual deve ter, obrigatoriamente, uma finalidade, no sentido de perseguir um objetivo, o que equivale a dizer que não pode ser um ato gratuito da autoridade normativa. A finalidade é, pois, o segundo requisito necessário para determinar se uma diferenciação de trato jurídico está justificada ou, pelo contrário, se resulta em discriminação ou privilégio, constitucionalmente vedados.

Finalmente, observe-se que para surpreender a finalidade de uma medida normativa o método de interpretação mais adequado é o teleológico, justamente porque, como o indica o nome, busca identificar o escopo da medida, que é sempre a tutela de um interesse.

5.3. Constitucionalidade dos fins

O requisito da constitucionalidade dos fins, pelo próprio sentido das palavras, quer dizer que o tratamento normativo desigualador deve procurar a realização de um objetivo constitucionalmente admitido. Não basta, pois, buscar uma finalidade qualquer. É imprescindível que esta seja acolhida pela Constituição. Isto, porém, não deve ser entendido de modo rigoroso, como uma exigência de que o resultado prático (finalidade) esteja expressamente previsto na Constituição. O que se pede é

que o bem que se procura obter através do tratamento normativo desigual seja, em tese, admissível pela Constituição. Mais precisamente, o que se exige é que o bem pretendido não seja expressamente vedado pelo sistema de valores e princípios estabelecidos na Lei Fundamental.

A distinção que se acaba de fazer entre a exigência de uma consagração expressa da finalidade pela Constituição e sua simples admissibilidade em tese é importante porque abre um maior espaço para a tomada de decisão por parte das autoridades normativas que podem escolher, através da aplicação de raciocínios teleológicos, entre o leque de opções possíveis, aquele tratamento que se lhes afigura o mais oportuno para a realização dos interesses em jogo, circunstância que não ocorreria se tomássemos o requisito da constitucionalidade em sentido estrito de interesse previsto ou acolhido expressamente pela Constituição.

5.4. Racionalidade do tratamento normativo desigual

O requisito da racionalidade tem a seguinte tradução: não basta que o tratamento normativo diferenciado vise à consecução de uma finalidade; não basta ainda que esta seja, em tese, constitucionalmente admissível. É necessário também que haja um nexó lógico entre o tratamento normativo diferenciado e a finalidade a que se destina. Quer dizer, é preciso haver uma conexão entre o meio (tratamento normativo desigual) e seu fim, que é o resultado prático perseguido.

Portanto, a racionalidade é a relação de adequação dos meios aos fins, ou seja, a relação de adequação entre o tratamento normativo desigual (meio) e o fim que procura alcançar (resultado prático), no sentido de que os meios devem ser aptos à realização dos fins que se têm em vista.

A definição da racionalidade em termos de adequação dos meios aos fins poderia nos induzir a erro de confundi-la com o famoso “princípio” de Maquiavel, segundo o qual “o fim deve ser alcançado não importam os meios”, em que qualquer meio é válido desde que os fins sejam alcançados. Em verdade, isto não ocorre porque, como vimos, na racionalidade de que ora cuidamos, só são válidos os meios que, além de racionais, sejam também juridicamente admitidos. Descartam-se, destarte, quanto ao problema do tratamento desigual, não só os meios irracionais, mas sobretudo os meios juridicamente inadmissíveis, como

seriam os meios ilícitos, imorais, etc..

5.5. Proporcionalidade

Finalmente, um tratamento normativo desigual, para não ferir o princípio geral da igualdade, deve ser proporcional aos fins que planeja lograr. Vale dizer, os meios empregados (tratamento normativo desigual) devem ser não só adequados (racionais), mas, também, devem estar contidos na medida estritamente necessária e suficiente à realização do fim a que se destina.

A proporcionalidade do tratamento desigual só pode ser medida em relação aos resultados (fins) esperados. Só conhecendo estes últimos, podemos verificar se os meios empregados (tratamento normativo desigual) para realizá-los estão contidos na dimensão proporcional. Assim, a finalidade que se busca alcançar com o tratamento desigual é o termo, em razão do qual, podemos verificar a proporcionalidade dos meios utilizados para concretizá-la. Daí a conclusão de que o elemento mais importante no conceito de proporcionalidade é o objetivo ou resultado esperado, já que para apurar a proporcionalidade dos meios é preciso conhecer exatamente o fim a ser alcançado.

Se o fim a ser realizado é de ordem quantitativa, é fácil verificar a adequação e proporcionalidade dos meios, o que se consegue através de um simples cálculo aritmético. No entanto, se o fim não pode ser expresso em um enunciado numérico por ser de natureza qualitativa, torna-se difícil a tarefa de medi-lo para avaliar sua proporcionalidade. Nesta hipótese, é necessário montar um sistema de informações capaz de fornecer indicações relevantes sobre o desempenho e eficiência real dos meios empregados na realização do objetivo.

6. O princípio da igualdade no processo: igualdade formal e material

De tudo quanto dissemos sobre a igualdade nos números precedentes, deduz-se tratar-se de um princípio geral do direito, ou mais precisamente, de um dos mais importantes valores do Estado Democrático de Direito (artigo 1º e artigo 5º da Constituição). Como valor superior do Estado Democrático de Direito a igualdade tem a função básica de ser-

vir de fonte de inspiração obrigatória de todo ordenamento jurídico.

O direito processual, sabidamente, é um dos ramos do ordenamento jurídico. Logo, guiado também pelo princípio da igualdade. De onde se conclui ser a igualdade no processo uma simples projeção do princípio geral da igualdade, inspirador de todo o direito brasileiro.

O processo jurisdicional, que é o tipo que nos interessa para os fins deste trabalho, do ponto de vista de sua *função*, pode ser definido como um conjunto de atos jurídicos interligados, praticados pelos órgãos públicos e pelas partes, no exercício da jurisdição do Estado, com o objetivo de produzir um resultado jurídico final.

Assim, da perspectiva funcional, o conjunto de atos interdependentes, praticados pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em que consiste o processo, é um meio para conseguir um fim (efeito jurídico), que, no processo jurisdicional, é, como sabemos, a produção de uma decisão, de uma execução ou de uma medida cautelar, conforme se trate, respectivamente, do processo de conhecimento, executivo ou cautelar.

No entanto, do ponto de vista *estrutural*, o processo configura uma relação jurídica de direito público, com âmbito de validade pessoal triangular, eis que enlaça juiz, autor e réu, cujo conteúdo são poderes-deveres dos órgãos da justiça e poderes, faculdades, deveres, e ônus das partes.

A estruturação do processo como uma relação jurídica de direito público que se estabelece entre as partes, de um lado, e o Estado-juiz, de outro lado, tem grande relevância para a compreensão da igualdade no processo, uma vez que, representando a garantia da intervenção das partes nessa fundamental atividade estatal, vai exigir da autoridade, seja legislativa, seja da justiça, a observância ao princípio da igualdade no trato jurídico dispensado às partes.

De fato, se a igualdade, como princípio geral do direito, consiste, essencialmente, na imposição à autoridade de tratar a todos de modo igual, a igualdade no processo, sendo uma projeção da igualdade em geral, consiste, pois, em tratar as partes de modo igual, seja pelo legislador, seja pelo órgão da jurisdição, significando que lhes devem ser outorgados os mesmos poderes, faculdades, deveres e ônus, isto é, devem ser titulares das mesmas situações subjetivas jurídicas ativas e passivas. Por outros termos, em decorrência do cânone da igualdade formal, a estrutura do processo jurisdicional deve ser organizada de tal maneira a assegurar o perfeito *equilíbrio* das partes, ou seja, a possibi-

lidade a cada uma de intervir em todo o processo em plano de recíproca e simétrica paridade.

Em síntese, se o processo é uma relação jurídica, então, o conjunto de poderes, faculdades, deveres e ônus que a constituem e que são atribuídos às partes devem ser distribuídos, igualmente, entre as mesmas para que ambas se ponham em posição de paridade diante da lei e do órgão que a aplica.

Feitas estas breves considerações sobre a incidência do princípio da igualdade no processo, analisemos, agora, como se coloca no seu âmbito a questão da dupla perspectiva da igualdade formal e material.

Ao estudarmos a igualdade formal vimos tratar-se de uma conquista importante para a humanidade, de vez que supõe, fundamentalmente, uma limitação ao poder público na sua relação com as pessoas e grupos em que se integram, impedindo-o de outorgar-lhes tratamento normativo discriminatório ou privilegiado, isto é, tratamento normativo desigualado, injustificado e arbitrário, o que não impede, logicamente, o tratamento normativo desigual, desde que justificado juridicamente.

No entanto, vimos, também, que a igualdade formal, peculiar ao liberalismo, pela sua própria coerência interna, consistente em igualar todos perante a lei sem atenção às desigualdades reais, aprofundou estas últimas, gerando, assim, as condições objetivas para sua superação que se concretizou através do mecanismo da igualdade material, peculiar ao assim chamado Estado social, preordenado, justamente, a obviar os graves inconvenientes produzidos pela igualdade liberal. As contradições provocadas pela igualdade formal foram tão violentas e a necessidade de sua superação tão prementes que, hoje, não se pode mais entender o princípio da igualdade em sua estrita e originária versão liberal, como interdição absoluta de toda diferenciação jurídico-formal, empiricamente inviável. Em verdade, contemporaneamente, acontece o oposto, ou seja, o legislador, cada vez mais, vê-se na contingência de tratar desigualmente as pessoas e situações materialmente desiguais para realizar o valor da igualdade integral.

Essas mudanças históricas na concepção do princípio da igualdade, com o advento da igualdade material, obviamente, não podiam deixar de refletir-se no processo, dado seu caráter instrumental de realização dos direitos deduzidos em juízo.

Dessa maneira, no processo refletem-se as duas dimensões da igualdade: a igualdade formal de corte liberal que, hoje, funciona como princí-

pio geral limitador da atuação dos poderes públicos, e a igualdade material própria do Estado social que visa a realizar a igualdade pelo tratamento normativo diferenciado a pessoas e situações diferentes.

Manifestações processuais da igualdade formal são o princípio do acesso à justiça (direito de ação em sentido abstrato), o princípio do devido processo legal, do contraditório, da paridade das armas, etc., todos destinados a garantir um tratamento uniforme às partes, atribuindo-lhes as mesmas situações subjetivas jurídicas diante do órgão jurisdicional. Outro reflexo da igualdade formal no processo é o relacionado à posição de imparcialidade do juiz, ou de equidistância a respeito das partes e seus interesses, o que muitas vezes o transforma em simples expectador da luta das partes.

Quanto à igualdade material, sua função no processo é a mesma desempenhada no campo do direito dito substancial, ou seja, visa a diminuir a existência concreta de diferenças de fato entre as partes. Exemplos de igualdade material no processo, temos na assistência aos pobres, objetivando tornar efetivo o direito abstrato de acesso ao Judiciário; no processo trabalhista, na dispensa aos trabalhadores da prestação de depósitos, quando recorrentes; em ações coletivas promovidas por consumidores, na não formação da coisa julgada, quando o pedido tenha sido julgado improcedente, etc...

7. O estado em juízo. Tratamento desigual. Investigação de sua legitimidade

Nos números de 1 a 5 tentamos traçar os contornos gerais do princípio da igualdade e identificar os requisitos justificadores de suas limitações, ou seja, os requisitos necessários para que uma diferença de tratamento normativo seja válida e não constitutiva de discriminação ou privilégio, constitucionalmente vedados. No número 6, começamos mostrando que o princípio da igualdade tem inteira aplicação no processo, tanto no aspecto da igualdade formal como material.

Assim, definido o princípio da igualdade, individualizados os requisitos necessários à legitimidade de um tratamento normativo desigual e demonstrada sua inteira aplicação ao processo jurisdicional, a tarefa que impende, agora, é de verificar, à luz dos conceitos elaborados, precedentemente, a validade ou não das limitações postas ao princípio da

igualdade pelo tratamento diferenciado conferido ao Estado em juízo.

7.1. O Estado e os demais sujeitos de direito: Diversidade estrutural e funcional

Quando elaboramos os requisitos justificadores das limitações ao princípio da igualdade, vimos que o primeiro elemento para que um tratamento desigual seja constitutivo de uma diferenciação válida e não de uma discriminação ou privilégio, juridicamente inadmissíveis, é que haja entre as pessoas tratadas desigualmente uma diversidade de fato, pois, como vimos, em tese, não se viola o princípio da igualdade formal, quando se trata desigualmente os desiguais. Vedado é tratar desiguais de modo igual.

É de toda evidência as distinções entre o Estado e os demais sujeitos de direito, sobretudo entre o Estado e as pessoas físicas. No entanto, para que possamos conhecê-las, metodicamente, é necessário estabelecer os critérios ou pontos de vista, a partir dos quais podemos fazê-lo, já que as realidades sociais, como dissemos antes, apresentando uma riqueza imensa de aspectos, exige a prévia opção por um deles. Nesse sentido, parece-nos que a metodologia mais compatível para examinar realidades sociais é a que a considera do ponto de vista de sua estrutura e função. A estrutura dizendo o que é a realidade e a função informando sobre sua atividade e os fins a que serve.

Assentados esses pontos, passemos a analisar, embora brevemente, as distinções estruturais e funcionais entre o Estado e os outros sujeitos de direito. Iniciemos pelo aspecto estrutural.

Do ângulo de sua estrutura, o Estado, como de resto todas as assim chamadas pessoas jurídicas, é uma *abstração*, porque tem existência concreta. Cotejado com as pessoas físicas, as distinções, obviamente, são radicais, pois estas últimas têm existência biopsicológica, isto é, são dotadas de vida biológica e psicológica.

Esta diferença entre pessoas jurídicas e físicas serve de suporte fático para um primeiro tratamento desigualitário entre elas, consistente em atribuir às pessoas jurídicas órgãos para manifestarem a sua vontade (da pessoa jurídica), vontade que é *imputada* à pessoa jurídica (princípio da imputação), circunstância que dá ao órgão uma função diferente da do *representante*, que manifesta sua *própria vontade*, cujos efeitos ju-

rídicos, entretanto, são atribuídos ao representado.

A existência de órgãos para manifestar a vontade estatal induz alguns autores, que só conseguem enxergar os sinais exteriores mais aparentes da realidade, característica do positivismo jurídico mais tosco, a supor que isso eliminaria a diferença entre Estado e demais sujeitos jurídicos. Daí a reivindicação de um tratamento igualitário entre o ente estadual e as demais partes em juízo.

Embora a designação de órgãos preencha uma das carências estruturais do Estado, as diferenças de estrutura entre este e outros sujeitos de direito permanecem. De fato, o Estado moderno apresenta uma estrutura sem paralelo no mundo das organizações, que se manifesta na grande intensidade de seu poder onipresente e na existência de um colossal aparato burocrático, material, financeiro e militar, jamais conhecido na história, devido, como sabemos, à imensa complexidade de suas funções na sociedade contemporânea, a refletir-se em sua estruturação, dada a implicação dialética entre estrutura e função. Por último, cabe salientar, por revelante, como diferença de estrutura entre Estado e outros sujeitos jurídicos, o fato de o primeiro ser organizado por normas de direito público, especialmente de direito constitucional, a lhe conferir uma natureza estrutural distinta dos entes de direito privado.

Mas as diversidades entre o Estado e outros atores da cena jurídica aparecem sobretudo quando as encaramos da perspectiva funcional.

A primeira grande distinção funcional está na própria natureza dos direitos atribuídos a um e outros. Enquanto os direitos atribuídos ao sujeito privado, em geral, têm natureza *individualista*, já que são atribuídos para a satisfação de interesses próprios, os direitos atribuídos ao Estado são *funcionais*, eis que, teoricamente, finalizados à realização de interesses da comunidade.

Todavia, para termos uma idéia das imensas diferenças funcionais entre Estado e demais sujeitos de direito, basta prestar atenção nas proporções verdadeiramente ciclópicas das atividades (funções) do Estado brasileiro, previstas na Constituição, que o coloca, praticamente, na condição de instância de solução de todos os problemas no campo sócio-econômico, além, é claro, de suas clássicas atribuições de aparelho de segurança e certeza jurídicas. O Estado é, pois, o “lugar” para onde se encaminha a coletividade em geral na ânsia de realizar seus interesses. Praticamente, hoje, não há demanda da sociedade que não se dirija ao Estado ou que não seja por ele provocada.

Assim é que, no campo social, é prestador dos serviços essenciais à existência humana, como saúde, previdência, defesa do consumidor, educação, cultura, defesa do meio ambiente, habitação, comunicações, transportes, enfim, todos os serviços fundamentais à população, sobretudo, carente, que constitui a imensa maioria dos brasileiros.

No campo econômico, desenvolve a tarefa de planejador e regulador da economia, funções indispensáveis à manutenção do equilíbrio do mercado, não obstante a “retórica” em contrário do pretensão neoliberalismo, além de fazer pesados investimentos na infra-estrutura econômica, onde não há interesse dos privados, também, imprescindível ao processo de produção de riquezas.

Por fim, uma função inteiramente nova do Estado, que é o promotor e transformador da realidade social, que lhe incumbe em decorrência do mandamento constitucional enunciado no artigo 3º e seus itens da Constituição que, rompendo com a injusta estrutura social existente, impõe à República o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.

Assim, as diferenças entre Estado e sujeitos privados manifestam-se nos campos estrutural e funcional, sobretudo no último, por tratar-se de entidade que tem um conjunto colossal de atribuições inteiramente diversas dos outros sujeitos jurídicos, especialmente, quanto aos fins a que visam, já que o Estado atua para produzir resultados sociais e prover as necessidades coletivas, enquanto os sujeitos privados o fazem em seu próprio benefício.

7.2. Finalidade do tratamento desigual de que se beneficia o Estado

Comprovado que Estado e sujeitos privados são diferentes, seja quanto à estrutura, seja quanto à função, o passo seguinte é ver qual a finalidade a que servem os instrumentos jurídicos colocados à disposição do Estado no processo e que constituem o objeto do tratamento desigual de que se beneficia, relativamente às partes privadas. Ou seja, trata-se de investigar qual a finalidade dos benefícios concedidos ao Estado em juízo.

Depois de tudo quanto foi dito sobre as atividades do Estado, evi-

dentemente, não há a menor dificuldade em identificar a finalidade do tratamento desigual que lhe é outorgado em juízo: sucintamente, podemos dizer que a finalidade do tratamento normativo desigual dispensado ao Estado em juízo é a *realização* dos interesses públicos que lhe incumbe promover, no processo e fora dele, por expresse mandamento constitucional. Quer dizer, o trato normativo desigual dispensado ao Estado é um instrumento que lhe é atribuído para que possa *realizar* os interesses públicos de que é portador e defensor.

7.3. Constitucionalidade dos fins

Ao examinar, no número 5.3. as exigências legitimadoras de um tratamento jurídico desigual, vimos que sua finalidade deve ser razoável, isto é, admissível a partir da perspectiva dos preceitos, princípios e valores constitucionais.

No caso do Estado, observamos que o trato desigual de que se beneficia, através de um regime jurídico especial, que é o regime de direito público, caracterizado, entre outras coisas, por atribuir à Administração Pública uma posição de preeminência diante dos interesses privados, tem por fim permitir-lhe os meios para prover a coletividade dos bens fundamentais de que carece para uma vida digna.

Estes fins são, expressamente, tutelados pela Constituição nos seus princípios fundamentais, nos direitos e garantias individuais, sociais e políticos, nos capítulos da ordem econômica, da política urbana, educacional, de saúde, etc.

Então, a finalidade a que se destina o tratamento desigual dado ao Estado, que é, como demonstrado, realizar os interesses da sociedade, recebe indiscutível acolhida da Constituição, que, como acabamos de mostrar, considera prioritária a atividade de cura dos interesses públicos.

Como o processo é uma das formas de tutela e realização dos interesses jurídicos (a outra, anterior ao processo, é a proclamação pelas normas gerais e abstratas desses interesses), o tratamento desigual, fora do processo, se justifica com maior razão, quando há necessidade de sua realização processual.

Logo, se a ordem jurídica, em especial a Constituição, concede poderes jurídicos desiguais ao Estado para realizar os interesses públicos

fora do processo, com maior razão deve concedê-los para sua realização processual, onde esses interesses carecem de instrumentos de proteção mais eficazes, dado que são objeto de contestação da parte contrária.

Por consequência, a finalidade a que se destina o tratamento desigual outorgado ao Estado em juízo, por analogia, merece indiscutível acolhimento constitucional, já que, como demonstramos, reiteradamente, destina-se, do mesmo modo, à realização dos interesses públicos, inclusive por uma forma mais dificultosa do que a normal, por isso mesmo merecedora de um cuidado jurídico mais apurado.

7.4. Racionalidade

Este requisito reclama uma correspondência lógica das desigualdades de fato existentes entre os sujeitos com o tratamento desigual e deste com os fins. Isto significa que deve haver coerência entre estes três elementos. Ou seja, os meios empregados (tratamento desigual) devem guardar uma correlação com as diferenças existentes entre os sujeitos e, ao mesmo tempo, devem servir adequadamente aos fins perseguidos. Mais rigorosamente, esclarecemos que a desigualação deve relacionar-se com o aspecto em que as pessoas devem ser desequiparadas para que desapareçam as desigualdades reais. No caso do Estado, é desigualado no processo porque exercita uma atividade que o torna diferente dos outros sujeitos, qual seja, a defesa de interesses reputados pelo ordenamento constitucional como dignos de maior proteção. O objetivo da racionalidade é impedir a autoridade de conceder tratamento normativo desigual sem a verificação de sua efetiva utilidade, o que é uma forma de discriminar ou privilegiar figuras vedadas pelo direito.

No entanto, o exame desse elemento só se pode fazer à luz de cada hipótese de desigualação. É preciso, pois, ver em que consiste a diferença de fato entre os sujeitos, o tratamento normativo adotado para obviá-la e a finalidade a que visa este para saber se há ou não a dúplice coerência a que aludimos, ou seja, se o tratamento desigual é apropriado à diferença entre os sujeitos e à finalidade a que serve.

7.5. Proporcionalidade

Finalmente, a exigência de que haja proporcionalidade entre as dis-

tinções existentes entre os sujeitos, o tratamento desigual e a finalidade a cuja satisfação se destina, também só pode ser apreciada em relação a cada caso concreto de desigualdade de tratamento para verificar se a desigualação é proporcional à distinção existente entre os sujeitos e à finalidade a que se destina.

Em suma, a proporcionalidade dos meios, como a racionalidade, não são formas *a priori*, isto é, abstratas, indiferentes às características da realidade. Ao contrário, são formas concretas, por isso mesmo, modeláveis em função das particularidades e exigências de cada situação real. Desse modo, ficaria por ver se estes requisitos resultariam satisfeitos em todas as hipóteses de desequiparação do Estado, questão que se coloca fora do objeto do trabalho que é investigar, em tese, a posição do Estado em juízo em face do princípio da isonomia. De qualquer forma, nas hipóteses de manifesta irracionalidade e desproporcionalidade dos meios (tratamento normativo desigual), deverão receber interpretação corretiva e limitativa por parte da jurisprudência, ponderando as exigências do Estado com os interesses dos sujeitos privados.

8. Considerações finais

Conhecemos as inúmeras teorias elaboradas para explicar, com pretensão “matemática”, a classificação direito público x direito privado. Sabemos também que nenhuma delas consegue traçar uma linha divisória nítida entre esses dois grandes ramos do direito.

No entanto, consideramos que o malogro dessas doutrinas advém do fato de seus autores terem encarado a distinção como algo natural, logo, fixo e imutável, quando se trata de uma dicotomia histórica, por consequência, mutável temporal e espacialmente.

Portanto, o fato de a doutrina não ter conseguido demarcar em definitivo a fronteira entre o direito público e o privado não nega a existência, no espaço e no tempo, de normas que tutelam interesses preponderantemente públicos e normas protetoras de interesses privados.

Assim, embora consideremos difícil balizar com precisão a fronteira entre direito público e privado, podemos observar que a Constituição consagra a diversidade. Basta observar a série de setores da realidade social e econômica regulados por normas em que a ação do Estado se exerce de forma direta e em posição de primazia, como, por exemplo,

nos serviços públicos, a caracterizar, justamente, o direito público.

Pois bem, o tratamento desigual de que se beneficia o Estado em juízo é uma clara manifestação, na esfera do direito processual, do primado do direito público sobre o privado, primado que se funda sobre o cotejo entre interesse público e privado, de que decorre a subordinação do segundo ao primeiro. Por sua vez, a superioridade do interesse público sobre o privado assenta na idéia de que o bem comum não é igual à soma dos bens individuais, ou seja, de que a totalidade tem fins não redutíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem.

Resumindo, a posição de supremacia do Estado em juízo é uma projeção inevitável de sua posição de supremacia no plano do direito dito substancial e ambas decorrem da primazia do interesse público sobre o privado.

De modo que, se queremos alterar ou suprimir as posições especiais do Estado em juízo, temos, primeiro, de eliminar as contradições entre os interesses do todo (público) e interesses das partes (particular), o que equivale a suprimir a esfera do Estado, utopia que, paradoxalmente, defendem liberais e marxistas, já que ambos partem de uma concepção negativa do Estado, embora fundados em razões diametralmente opostas, como é óbvio.

Assim, os poderes processuais diferenciados dispensado ao Estado em juízo, longe de determinar um privilégio, realiza, ao contrário, uma situação de substancial paridade, já que, em tese, são instrumentos indispensáveis ao seu adequado aparelhamento para a defesa do interesse público, qualificado pela Constituição como prioritário, justamente, por exprimir interesses abrangentes da sociedade, ao contrário do privado que, de regra, só leva em conta conveniências particulares, segmentadas e dependentes.

BIBLIOGRAFIA

- BENIES, Nicolas, *L'après libéralisme*, Paris, Pec-la Breche, 1988.
BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, Rio, Forense, 1980.
FARMER, J. A., *Tribunals and Government*, Londres, 1974.
GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970.
HAYEK, F. A., *Droit, législation, et liberté*, Paris, Puf, 1973.
LUSTGARTEN, L., *The new meaning of discrimination*, PL, 1978.
MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de direito tributário*, São Paulo, Malheiros,

7ª edição, 1993.

MELO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do principio da igualdade*, São Paulo, RT, 1984.

PIÑERO, Miguel Rodriguez, *Igualdad y discriminacion*, Madrid, Tecnos, 1986.

PIZZORUSSO, Alessandro, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, Riuniti, 1983.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., The Belknap Press, 1971.

ROCHA, Carmen-Lúcia Antunes, *O principio constitucional da igualdade*, Belo Horizonte, editora Lê, 1990.

ROSANVALLON, Pierre, *La crise de l'etat providence*, Paris, Seuil, 1981.

VARAUT, Jean-Marc, *Le droit au droit*, Paris, Puf, 1986.

ZILLER, Jacques, *Egalité et merite*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

LA CIVILIZACIÓN Y SUS NEGOCIADORES — LA ARMONÍA COMO TÉCNICA DE PACIFICACIÓN*

*Laura Nader***

Introducción

Siento un enorme placer por haber sido invitada a visitar vuestro país y poder hablarles sobre un tema de mi elección. Y aunque tengo muchos amigos en Brasil, esta es la primera vez que se me presenta la oportunidad de visitar una tierra visitada y admirada por varios de mis familiares, de mis estudiantes y de mis colegas.

Aunque, quizá, sea peligroso hablarles a los brasileños de armonía, ya que me han comentado que la vuestra es una cultura de la armonía — decidí aprovechar esta oportunidad para hablar del uso de la armonía en la ley como técnica de pacificación porque los antropólogos han subestimado sistemáticamente el papel de las ideologías legales en la construcción o la “de-construcción” de la cultura general. Esta noche voy a trazar mi modo de ver la ideología de la armonía y sus funciones coercitivas en tres situaciones — primero entre los Zapotecos y otros pueblos colonizados como un ejemplo de control cultural o pacificación durante el contacto inicial; segundo en Estados Unidos a lo largo de un período de 20 años de cambios graduales desde 1975 hasta el presente — la invención y uso de la Resolución Alternativa de Disputas o de estilos conciliatorios como parte de un esquema de pacificación en respuesta a los movimientos de derechos humanos de los años 60; y finalmente, en

* Este é o texto da conferência inaugural da XIX Reunião Brasileira de Antropologia, realizada de 27 a 31 de março de 1994, em Niterói, RJ. A conferência foi proferida em espanhol pela autora a partir da leitura deste texto. Publicado anteriormente no encarte especial nº 1 do Boletim da ABA (Associação Brasileira de Antropologia).

** Departamento de Antropología, Universidad de California, Berkeley.

la esfera internacional, a la cual estas mismas técnicas de Resolución Alternativa de Disputas han migrado para tratar disputas fluviales internacionales.

Los antropólogos han examinado conflictos en varios contextos y por cierto han desarrollado teorías sobre el conflicto. Pero, prácticamente no tenemos teorías completamente elaboradas sobre los significados de la armonía; las etnografías han presupuesto la armonía, mientras trataban de explicar la falta de armonía.

Recientemente, observadores de antropología legal han cuestionado hasta qué punto, como observadores científicos, no hemos sido atrapados por los sistemas de pensamiento de nuestras propias culturas, quizá sin reconocer que los estilos de disputa son un componente de las ideologías políticas, y que a menudo son el resultado de imposiciones o difusión. A raíz de estar atrapados en modelos culturalmente contruados, y por ende preferidos, les ha resultado difícil tanto a los no académicos como al científico social examinar los modelos de armonía de manera objetiva. Por cierto, como observamos cada vez más, la armonía y la controversia pertenecen al mismo continuo, donde ninguna de las dos es necesariamente buena o mala.

Los zapotecos y las técnicas colonizadoras

Comencé mi trabajo de campo en las montañas de la Sierra Madre de Oaxaca, Mexico, en un pueblo que todavía se estaba recuperando de un enfrentamiento entre un pequeño grupo de convertidos al protestantismo y el grupo mayoritario de parroquianos católicos. El rencor, todavía, se hallaba presente cuando llegué en 1957; sin embargo se me hablaba reiteradamente de la unidad del pueblo. La contradicción entre el conflicto real y la valorización de la armonía se encontraba presente desde el comienzo. A los forasteros se les presentaba un frente sólido, bastante común para los pueblitos de Oaxaca enredados en disputas internas. Me correspondió a mi explicar la discrepancia entre los datos que había recogido, fundamentalmente sobre gente en conflicto, y la caracterización zapoteca de su cultura como conciliatoria armonizante. Tales ideologías de la armonía resultaron especialmente importantes de explicar ya que la ideología de la armonía resultó ser muy característica entre los estudios sobre disputas realizados por antropólogos en distintos lugares del mundo. ¿Era porque los pueblos nativos son inherente-

mente más pacíficos que hablaban de armonía y de preferidas soluciones con compromiso? O era que todos los antropólogos habían aceptado, como sostuvieron algunos críticos, el prejuicio Durkheimiano sobre la armonía de intereses y las metas compartidas.

Los pueblos montañoses del Rincón Zapoteco que yo estudié habían sido organizados por la Corona Española como lugares políticamente independientes, autónomos, y endógamos que permanecen libres solo en la medida en que se pueden administrar por sí mismos. Los pueblos con conflictos son más vulnerables a la interferencia estatal, por lo tanto las cortes zapotecas son lugares en donde se construyen imágenes del mundo exterior; en donde se declara la autonomía del pueblo. Disputar no es exclusivamente resolver problemas; tiene que ver con la formación de ideologías.

Al hablar de sus cortes los zapotecos a menudo sostienen que, “Un mal acuerdo es mejor que una buena pelea.” En el fondo, el estilo de armonía y sus ideologías asociadas posiblemente sean adaptaciones internas a la conquista y la dominación. A medida que comencé a elaborar la idea del modelo de armonía de la ley, concluí que este modelo debía haber sido introducido por la Corona y sus misioneros como instrumento de pacificación, que luego a su vez pasó a ser para los indígenas una herramienta para restringir la intrusión del poder superior externo. Desde este punto de vista el ejemplo zapoteco parecería contrahegemónico en sus técnicas para controlar el poder del estado (Nader, 1990).

Cuando los teóricos hablan de hegemonía o control cultural generalmente no hablan de la cultura en su totalidad, sino de aquella parte de la cultura construida en un momento dado, y que llega a desalojar colonias de gente que se mudan o se asientan en tierras lejanas. En Castilla del siglo XVI, el acuerdo era la herramienta ideal y preferida para poner fin a las disputas. Los litigios eran considerados contrarios a la creencia cristiana. Supuestamente los misioneros españoles trajeron tales ideas al Nuevo Mundo, mientras que según historiadores, ese mismo período presenció un aumento de conducta adversaria. Me fue necesario examinar teorías de armonía y controversia para ver si, cómo, y quando los modelos legales de armonía fueron usados para reprimir pueblos socializándolos hacia la conformidad en contextos coloniales.

Dirigí mi atención hacia las etnografías clásicas sobre ley en ex-colonias británicas en Africa, y hacia etnografías de la región Pacífica de Polinesia y Micronesia, buscando conexiones entre las misiones cris-

tianas y la ley. Lo que encontré al principio fue indicativo de observaciones antropológicas recientes — primero que los misioneros fueron los más ambiciosos de los colonialistas en su deseo de penetrar todos los aspectos de la vida cultural, y segundo que los antropólogos habían considerado a los misioneros como parte del contexto, como la altitud o la cantidad de lluvias — periféricos a su investigación. El análisis preliminar fue atormentador. Pero fue un historiador legal, Martin Chanock, quien sintetizó la información sobre la presencia misionera en Africa desde los años 1830 en adelante, mostrando las conexiones tempranas entre la ley local y las misiones cristianas. Chanock usa el término “justicia misionera” para llamar la atención al hecho que desde comienzos del siglo XIX, los misioneros se vieron muy envueltos en la resolución de disputas según una interpretación victoriana de la ley bíblica que ellos generalmente hicieron coincidir con los procedimientos ingleses que les eran conocidos. Según Chanock, los misioneros aceptaron gustosos su papel de pacificadores, y la oportunidad de dictar juicio cristiano, y con la colonización las cortes africanas evolucionaron hacia algo que los antropólogos creyeron que era derecho consuetudinario, una ley que hacía hincapié en la reconciliación y el compromiso y que operaba según los principios de la ideología de la armonía cristiana.

El panorama se aclara cuando examinamos materiales del Pacífico. Nuevamente los misioneros llegaron al lugar en los años 1820 mientras que los antropólogos llegaron mucho después. No obstante, la investigación antropológica reciente ha comenzado a documentar el trabajo contemporáneo de los misioneros en cuanto influncian las mentes y los procesos de disputa de los pueblos nativos. Los mejores materiales provienen de Nueva Guinea, y ofrecen conocimientos profundos y detalles específicos sobre cómo la introducción de la moralidad cristiana afecta los procesos de disputa, reconstruyendo de este modo la cultura y organización nativas. Un trabajo excelente de Marie Reay (1974) muestra cómo la armonía coercitiva funciona para silenciar personas que hablan o actúan coléricamente, y la autora nos dice que “Los misioneros han jugado un papel en la pacificación de los aguerridos clanes y en la prohibición de la violencia en las relaciones interpersonales.” Resulta difícil para los etnógrafos comprender la colonización de la mente ya que toma lugar lenta y paulatinamente a lo largo de varios años. Quizás, la publicación más perspicaz fue el análisis de Edward Schieffelin (1981) sobre la retórica evangélica en relación con los procesos de disputa, en

la cual el autor hace hincapié en la función de la retórica como “el vehículo a través del cuál el mensaje se convierte en una construcción social por encima de la realidad.” Hay ejemplos aún más hacia el oeste en los cuales el “estado”, por medio de la British East India Company, fomentó arbitraje y compromiso, luego llamado justicia panchayat — en la actualidad generalmente aceptada como la justicia usada políticamente para pacificar o aquietar la población. A partir de ese trabajo comparativo, concluí que la ideología de la armonía seguramente forma parte de un sistema de control hegemónico que se desplegó por todo el mundo con la colonización política y las misiones cristianas.

Resolución Alternativa de Disputas y pacificación de una nación-estado

En el curso de su trabajo sobre otros pueblos, los observadores de la escena política de Estados Unidos a finales de la década del 70, y durante los años 80 y 90 notaran que en comparación con la dinámica actividad política pública de la década del 60 y de comienzos de los años 70, los norteamericanos de hoy resultaban apáticos y sumisos. Yo comencé a estudiar cómo se construye la ideología de la armonía en las naciones-estado modernas del tipo de las democracias occidentales, y cómo esas ideologías se expanden más allá de las fronteras nacionales. El proceso por el cual las ideologías que son móviles de cambio toman forma a través del discurso es muy interesante, y va más allá de la ley para incluir los nexos entre ley, negocios y distritos electorales dentro de la comunidad. Los años 60 han sido descritos como confrontacionales, una época en que varios grupos sociales en Estados Unidos se sintieron motivados para pasar al frente con sus propuestas: derechos civiles, derechos de consumidores, derechos de medio ambiente, derechos de la mujer, derechos de los pueblos indígenas, etc. También fue un período de duras críticas a la ley y a los abogados en relación con temas de derechos y soluciones. Pero en un período de 30 años el país pasó de una preocupación por la justicia a una preocupación por la armonía y la eficiencia, de una preocupación por la ética del bien y del mal, a una ética de tratamiento, de las cortes a la Resolución Alternativa de Disputas. ¿Cómo sucedió esto?

La Resolución alternativa de disputas incluye programas que hacen hincapié en medios no judiciales para el manejo de disputas; la atención

generalmente se concentra en la mediación y el arbitraje. Pasó a conocerse como justicia informal, una justicia que promovía el compromiso en lugar de triunfo o derrota, que reemplazó la confrontación por la armonía y el consenso, la guerra por la paz, soluciones en las que ambos lados ganan. Atrajo asociados muy dispares — gente de derecha preocupada por el éxito de las propuestas de los movimientos de derechos, comunidades religiosas, grupos de psicoterapia, negocios cansados de pagar altas sumas en honorarios de abogados, administradores y otros.

“La Conferencia Pound: Perspectivas sobre la justicia en el futuro” que se llevó a cabo en Minnesota, en 1976, fue el momento cúlmine donde los modelos de armonía y eficiencia oficialmente pasaron a reemplazar el ideal del litigio como modalidad de justicia. La conferencia, que había sido organizada por la oficina del Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, debía bosquejar un cambio cultural con ramificaciones más allá de la ley. Una manera de pensar — sobre relaciones sociales, sobre los problemas estructurales de la desigualdad, sobre soluciones para estos problemas a través de medios culturales fue magnificada. La principal preocupación que surgió fue un interés en la armonía a través de reformas de procedimiento. Representó un cambio en la forma de pensar sobre los derechos y sobre la justicia, un estilo menos confrontacional, más blando, menos interesado en la justicia y en causas de base, y muy interesado en la armonía. La producción de armonía, la rebelión en contra de la ley y de los abogados — a menudo a cargo de los mismos abogados — el movimiento en contra del litigio, fue un movimiento para controlar a los no-privilegiados (Nader, 1988).

Los elementos de control son mucho más penetrantes que la extensión directa del control estatal. Una intolerancia por el conflicto se filtró en la cultura para prevenir, no las causas de discordia sino expresión de la discordia, y se valió de todos los medios posibles para crear consenso, homogeneidad, acuerdo. Como en *Brave New World* el modelo de armonía produce una especie de “soma” que tiene un efecto tranquilizante. Es interesante notar que la racionalización del buen funcionamiento de los modelos de ley armoniosa se buscó en la literatura antropológica mencionada anteriormente.

El discurso de la Conferencia Pound abundaba en ejemplos sobre el uso del lenguaje para seleccionar, construir, comunicar y ofuscar. La retórica exaltó las virtudes de los mecanismos alternativos gobernados por ideologías de armonía: las cortes estaban repletas, los abogados

norteamericanos y el pueblo norteamericano eran muy litigiosos, pronunciaron.

Las alternativas fueron descritas en términos de agencias de acuerdo o reconciliación, y de la gente que interfería con tales reformas se decía que sufrían de “status-quo”.

En los años subsiguientes a la Conferencia Pound el público se vio inundado con una retórica de resolución alternativa de disputas. La lengua obedeció a un código muy estricto y formulaico que siguió un patrón de retórica asertiva, haciendo grandes generalizaciones, siendo repetitiva, invocando autoridad y peligro, presentando valores como si fuesen hechos. Comencé a coleccionar palabras clave: La Resolución Alternativa de Disputas era asociada con la paz, mientras que la resolución judicial de disputas era asociada con la guerra. Una es adversarial, la otra no lo es. En una hay enfrentamiento, insensibilidad, destrucción de la confianza y la cooperación, y solo perdedores, mientras que en la otra hay cicatrización suave y sensible de conflictos humanos, y produce solo ganadores. Las alternativas eran asociadas con ser moderno: “creando hoy la corte del mañana.”

Los tribunales y el colegio de abogados aceptaron la retórica del Presidente de la Corte Suprema. Los grupos de interés comerciales deseaban reducir los millones gastados en litigios y descubrimientos intercorporaciones, buscando nuevas formas de manejar disputas con empleados; también aceptaron las sectas Protestantes Cristianas, parte de una larga tradición que valoraba la armonía por sobre las disputas. La gente del movimiento de terapia encajó perfectamente, y también lo hicieron varios grupos interesados en construir comunidades.

Demás está decir que la retórica de la conferencia fue desafiada por científicos sociales (como Mark Galanter) buscando separar entre mito y evidencia verificable y encontrando que Estados Unidos invierte más dinero en hacer cumplir la ley que en las cortes, y que el litigio, juzgando por los (civil findings¿hallazgos civiles?) ha permanecido relativamente estable. El supuesto de una explosión de litigios no se sostuvo, ni tampoco lo hicieron afirmaciones sobre un pueblo supuestamente contencioso, aunque el litigio había pasado a ser una presencia simbólica a través de casos de productos como Dalkon Shield o amianto. Pero, mientras los críticos continuaron examinando los supuestos de Resolución Alternativa de Disputas, el movimiento para la reforma legal procedió a toda velocidad, relativamente librado de críticos y penetrando en todos

los niveles de la vida norteamericana, desde las escuelas a los lugares de trabajo, el hogar, hospitales y centros médicos, las mesas directivas, pensionados universitarios, aulas y administración.

Se organizaron conferencias sobre medio ambiente para ver si se podía desviar “el énfasis de ganador-perdedor hacia una propuesta de equilibrio de intereses.” Los gremios fueron inundados con planes de control de calidad en los cuales administrativos y empleados podrían cooperar en armonía, una situación de ganador-ganador. Negociadores de Washington intentaron persuadir a las reservaciones de Indios norteamericanos que aceptaran desechos nucleares como una solución de ganadores-ganadores — saliendo de su miseria económica mientras que contribuían con su país. Los grupos de medio ambiente están siendo hostigados con reuniones de consenso, también supuestamente ganador-ganador. Los problemas familiares son mediados, en California y en varios otros estados esa mediación es obligatoria. En Washington hay una Oficina de Planeamiento de Conferencias de Consenso. En escuelas marginales a los “alborotadores” se les enseña resolución de disputas, sin pensar en llenarles el estómago con desayunos calientes, y en la actualidad tenemos un presidente a quien se llama el Presidente del Consenso.

Las bases de la postura del presidente Clinton fueron bien documentadas por la antropóloga Carol Greenhouse (1986) quien estudió una comunidad de Bautistas Sureños en Georgia, explicándonos los significados culturales de una explosión en Resolución Alternativa de Disputas. La autora sugiere que la ecuación contemporánea de cristianidad y armonía inspiró una evasión de la ley, antipatía por la ley y una valorización del consenso — “una estrategia que transformó el conflicto...”

En un esfuerzo por sofocar los movimientos de derechos de los años 60 y atemperar las protestas por Vietnam, la armonía pasó a ser una virtud. Después de todo, el Presidente de la Suprema Corte había sostenido que para ser más civilizados los norteamericanos debían abandonar la centralidad del modelo adversario. Las relaciones, no las causas de base, y destreza para resolver conflictos interpersonales, no injusticia o disparidad de poder, eran y son el punto de partida del movimiento de Resolución Alternativa de Disputas. En tal modelo, los demandantes civiles terminan siendo “pacientes” que necesitan ayuda, y la política social se inventa para el bien del paciente.

Al igual que los críticos de los supuestos de la Resolución Alternativa de Disputas, los críticos de la Resolución Alternativa de Disputas

en la práctica hablan de consecuencias y peligro. La mediación obligatoria en estas críticas es vista como control — en la definición “del problema”, control del discurso y de la expresión, difícilmente una alternativa a un sistema adversarial que hace lo mismo. Los mismos críticos describen la mediación/negociación como destructora de derechos en cuanto limita la discusión del pasado, en cuanto prohíbe el enfado, y en cuanto a compromiso forzado. En resumen, la mediación obligatoria reduce la libertad porque a menudo se encuentra fuera de la ley, elimina la elección de procedimiento, suprime la protección por igual frente a una ley adversaria, y en general está escondida (Grillo, 1991). Los casos generalmente no se registran; hay muy poca reglamentación y casi no hay responsabilidad, similar a la situación en psicoterapia por ejemplo. Los críticos promueven la prevención y las soluciones grupales. Una vez más, sin embargo, a pesar de la oposición y del creciente conocimiento de las consecuencias, que son de todo menos benignas, la Resolución Alternativa de Disputas continúa su marcha y en la actualidad ha pasado a ser internacional. En el tiempo restante me gustaría sintetizar mi trabajo preliminar sobre la hegemonía de la Resolución Alternativa de Disputas principalmente en relación a disputas fluviales internacionales. ¿Qué sucede cuando un movimiento de reforma de ley aparentemente no quebrantado por diferencias de poder, pasa a ser internacional? Permítanme comenzar con nociones de evolución legal.

Negociación de disputas fluviales internacionales

Los antropólogos legales desde un comienzo hasta ahora han puesto en escala los foros de resolución de disputa, de manera que la autoayuda y la negociación son ubicados en el comienzo de un continuo evolutivo que llega a la civilización. Con el desarrollo, se muestra a las sociedades alejándose de estos medios bilaterales hacia la mediación, el arbitraje y finalmente a la adjudicación (Hoebel, 1954). Estos mismos trabajos consideran la presencia de cortes como un signo de complejidad de la sociedad, de evolución, de desarrollo o de todos estos a la vez. En la década de 1960 los científicos sociales incluso se referían a un “orden secuencial modelo” de evolución legal — cada uno constituyendo una condición necesaria para el siguiente (Schwartz and Miller, 1964). Durante la misma era los poderes coloniales consideraban el desarrollo de las cortes en África parte de su misión civilizadora, y la Corte Interna-

cional de Justicia fue promocionada como la cúspide de los foros para el arreglo de disputas internacionales por medio de la adjudicación y el arbitraje — posiciones ideológicamente coherentes con los trabajos de los científicos sociales evolucionistas. Sin embargo, llegados los años 80 y 90, los procesos más civilizados son los medios “más suaves,” no adversariales, como ser mediación o negociación, similares al movimiento norteamericano de Resolución Alternativa de Disputas. Una vez más, pareciera que la preferencia en los foros para manejar disputas se modifica reflejando la distribución de poder internacional. Un académico de ley internacional (Gong, 1984) se refiere a la elasticidad de las nociones de civilización:

... los menos ‘civilizados’ estaban condenados a trabajar por una igualdad que un patrón elástico de ‘civilización’ puso para siempre fuera de su alcance. Incluso obtener la posición de ‘civilizado’, como le tocó descubrir a Japón, no significaba necesariamente pasar a ser iguales. Los ‘civilizados’ tenían una manera de pasar a ser ‘más civilizados’ aún.

Así como la Resolución Alternativa de Disputas en Estados Unidos trasladó la retórica de la justicia a la armonía, del mismo modo a nivel internacional la noción de negociación ‘madura’ ha venido reemplazando a la Corte Mundial como el ‘patrón de conducta civilizada’. ¿A qué se debe esta reciente valorización de la negociación? Lo que Edward Said reconoce en su noción de “superioridad posicional flexible” es que la valorización de una forma cultural por sobre otra está frecuentemente ligada a desequilibrios de poder. Ahora que los ‘primitivos’ tienen cortes, nosotros nos movemos hacia las negociaciones internacionales, o hacia la Resolución Alternativa de Disputas.

En el contexto actual un nuevo patrón de negociaciones internacionales está siendo promocionado mientras que el antiguo patrón de adjudicación/arbitraje en la Corte Mundial ha pasado a ser menos útil para las naciones más poderosas. Desde la emergencia de nuevas naciones, muchas de las naciones del “Tercer mundo” se preparan para usar la Corte Internacional para representar nuevos intereses. La influencia del “Tercer Mundo” en la Corte comenzó a surtir efecto después de 1964. Varias decisiones fallaron a favor de estados post-coloniales y del “Tercer Mundo”. En 1966 la Corte falló a favor de demandantes Liberianos y Etopes y en contra de Sudáfrica; en 1974 a favor de Nueva Zelanda y Australia y en contra de Francia; en 1984 Nicaragua hizo juicio en contra de Esta-

dos Unidos que se retiró del caso, y al poco tiempo Estados Unidos se retiró del acuerdo de obedecer a la Corte voluntariamente. Tanto la Unión Soviética a mediados de los años 60, como Estados Unidos a mediados de los 80, no pagaron las cuotas haciendo patente una actitud de indiferencia hacia la ley internacional. Algunos notaron que la clientela de la Corte se estaba esfumando.

El estímulo hacia equipos de negociadores internacionales surgió a partir de la Resolución Alternativa de Disputas. Los nuevos profesionales surgieron de una variedad de campos — ley, economía, psicología social, ciencias políticas, psicoterapia — y unos pocos de antropología. La novedad sobre estos negociadores no era que estaban practicando mediación o negociación — después de todo esos modelos de procesar disputas habían existido durante largo tiempo. Lo que tenían en común era un rechazo por los procesos confrontacionales adversariales, por el uso de las cortes para manejar los problemas de las masas, por la justicia según los métodos de ganador-perdedor.

Probablemente el más famoso negociador internacional de la historia reciente de Estados Unidos es el ex-presidente Jimmy Carter. Carter publicó un discurso sobre la negociación en un libro titulado *Negociación: La alternativa a la hostilidad*. En el se refiere a los casos más conocidos: el Tratado del Canal de Panamá, el SALT II, la paz en el Medio Oriente, las relaciones con China. Jimmy Carter hablaba desde la práctica y desde una inclinación hacia la paz que puede haber estado basada más en sus creencias religiosas que en sus nociones de justicia en una sociedad civil.

Aquellos que escriben sobre un sistema emergente de negociaciones internacionales ignoran por completo la Corte Mundial y en cambio se concentran en las funciones de un sistema de negociación: “que contribuya a la estabilidad y al crecimiento del sistema de relaciones internacionales.” Para esa gente la negociación internacional ya no es más una actividad de gobierno a gobierno, sino una función internacional de gobiernos, de organizaciones no-gubernamentales, figuras públicas etc., cuya meta principal es la estabilidad internacional. Mientras que la estabilidad internacional es algo positivo, también puede significar injusticia y continuación de las desigualdades. La inferencia general en la mayor parte de esta literatura del norte es que todo puede ser negociado y debe serlo.

La literatura se torna realmente interesante cuando el analista exa-

mina los detalles de los casos empíricos. Es en estos casos específicos que toda mención de la Corte Internacional desaparece, y es reemplazada por frases como “aprendizaje mutuo”, “compartir información”, “armonizando” y “cooperación”. Los arreglos en los cuales uno gana a costa del otro pasan a ser “hostiles,” y la información, el análisis y la solución interfieren con el “diálogo constructivo.” Bajo estas condiciones, los juegos mentales pasan a ser un componente central de este proceso de negociación de Resolución Alternativa de Disputas; encontramos, por ejemplo, envenenamiento tóxico citado como una “percepción de envenenamiento tóxico” y preguntas del tipo “Cómo se puede usar o neutralizar la conducta cultural?”

Un estudio sobre disputas por recursos hídricos indica la transición de los foros de resolución de disputas mencionados anteriormente, alejándose de la adjudicación/arbitraje hacia la negociación. La progresión está bien reseñada en el caso de la Cuenca del Río Danubio y va desde (1) procedimientos de adjudicación/arbitraje internacional, a (2) planeamiento de toda la cuenca donde las comisiones de la cuenca trabajan cooperando, a (3) acuerdos bilaterales que resultan de tratos internacionales, a (4) organizaciones no gubernamentales operando a ambos lados de las fronteras políticas y burocráticas. Tal transición refleja la “privatización” de la justicia a través de centros de Resolución Alternativa de Disputas en Estados Unidos de una forma sorprendente.

Varios de los autores que escriben sobre negociaciones internacionales sugieren que existe una “cultura diplomática universal” de negociadores, una cultura común de administradores de gobierno nacionales, la “comunidad científica” internacional, y grupos de medio ambiente. Lo que se pretende que es universal, yo alego, es una perspectiva hegemónica sobre la disputa, que fue desarrollada para Estados Unidos durante los años 70 y exportada por todo el mundo, una hegemonía que yo llamo ideología de la armonía, una armonía coercitiva cuya función principal es la pacificación.

Dos abogados internacionales (Laylin and Bianchi, 1959) lo dicen de este modo:

“En un momento en que las fuerzas de la ley y el orden necesitan un creciente reconocimiento en la esfera internacional, la noción de que los estados dispuestos voluntariamente a someter disputas fluviales internacionales a la adjudicación están mal asesorados suena de lo más extraño ... el grito de la falta de adecuación de las cortes ... muestra una nostalgia

por una concepción de ley internacional que está desapareciendo rápidamente en la cual el poder puro goza de mayor preponderancia que reconocidos principios de justicia.”

Cuando casos que deberían ser adjudicados son negociados, como por ejemplo la disputa de los años 1840 entre Estados Unidos y México por el Río Colorado, las conexiones explícitas entre la ley internacional y la Corte Mundial, derechos hídricos, y las ventajas de la negociación para los más poderosos se toman obvias.

El tono del caso de la Cuenca del Río Danubio se sintetiza en contraste absoluto. La autora que sintetizó el caso del Danubio (Linnerooth, 1990) sugiere que hay una “cultura negociadora universal” o lo que ella llama una “cultura común” compuesta por administradores de gobierno nacionales, comunidades científicas internacionales, y grupos de medio ambiente emergentes. El lenguaje usado para describir como intereses conflictivos, adversarios, pueden ser negociados revela la ideología de Resolución Alternativa de Disputas: “aprendizaje mutuo” y “compartir información” suena más a terapia matrimonial, sin sacar a luz conflictos sobre la contaminación del río. Cuando la charla terapéutica es fuerte hay poca consideración por disputas que *son* de hecho del tipo en las que uno gana a costa del otro. Tampoco se reconoce que la negociación bilateral pueda poner a la nación más fuerte en una ventaja para negociar frente a la nación más débil. Por cierto desde esta perspectiva todo puede ser negociado, aún cuando las “percepciones” deben ser primero moldeadas y alejadas de la “información, del análisis y de la solución” para proporcionar mecanismos para el “diálogo constructivo.” El caso del Danubio es interesante porque es una de las cuencas hidráulicas más internacionales del mundo, con ocho países ribereños implicados y más de 70 millones de personas. Los países ricos de la cuenca alta usan el Danubio principalmente para descarte de desechos industriales y basura y para energía. Los de la cuenca inferior, menos desarrollados, usan el río como fuente de agua dulce, riego, pesca, turismo, etc. Una vez más la autora habla de ganador-ganador negociaciones entre aquellos que comparten una “cierta racionalidad profesional” que van a “traducir el orden, sus imágenes, y expectativas sociales.” En una palabra, la privatización de la justicia internacional.

En caso tras caso de los que examiné es la ley lo que buscan los participantes más débiles, mientras que el participante más fuerte prefiere negociar. El Río Duoro cercano a la frontera española-portuguesa

viene al caso (Dellapenna, 1992). El propuesto basurero nuclear en Aldeavilla estaría a menos de un kilómetro de Portugal, y cualquier contaminación del Río Duoro iría a parar a Portugal. Setenta por ciento del agua dulce de Portugal proviene de ríos que nacen en España, mientras que España no recibe agua de Portugal para nada. La posición débil de Portugal no tiene buen presagio para un acuerdo bilateral literalmente por la diferencia de poder entre las dos naciones, con España ya en clara violación de la ley consuetudinaria internacional.

En el caso del Valle de Mexicali, una de las regiones agrícolas más ricas de México, la protesta es sobre un plan norteamericano para limitar la pérdida del agua subterránea que México necesita para alimentar sus sembrados. El norteamericano que escribió sobre este tema (D. Hayes, 1991) argumentó en favor del uso de la negociación para que una solución del tipo ganador-ganador sea posible, y este mismo autor reprende a las autoridades mexicanas por amenazar con litigio internacional en la Corte Mundial, diciendo que “Tal desarrollo va en contra de la corriente de la ordenada, controlada administración internacional de recursos.” No hay indicación que los tribunales internacionales fuesen a “actuar racional, lógica y humanamente”; en cambio el desprecio por la ley es total.

El caso del Río Jordán en el Medio Oriente es aún más complejo y abarca Líbano, Jordán, Israel y Siria con grandes diferencias en el consumo de agua. La situación pasó de negociaciones mediadas, a la acción unilateral, a conflicto violento, sin la consideración de un acuerdo adjudicado.

Un caso final se refiere a la larga disputa sobre el Río Ganges entre Bengala Occidental/Bangladesh e India, y proporciona un ejemplo claro de la política de la negociación internacional, y las ventajas de la negociación bilateral para el participante más fuerte. El Río Ganges corre de India hacia Bengala Occidental, y proporciona la mayor parte del agua dulce a Bengala Occidental/Bangladesh. A comienzos de los años 50, el gobierno indio comenzó unilateralmente a planificar la construcción del Farakka Barrage, un dique que desviaría las aguas del Río Ganges. En 1960 India finalmente aceptó comenzar negociaciones bilaterales con Pakistán, pero para 1961 ya había comenzado la construcción del dique. Durante este período Bengala Occidental había sido marginalizada. Luego de una serie de negociaciones fallidas, el gobierno de Bangladesh trató de llevar su caso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas.

India objetó sosteniendo que el tema del dique era un “punto de interés bilateral.” India no pudo obtener apoyo moral por su acción unilateral, mientras que Bangladesh, uno de los países más pobres del mundo, tuvo poca influencia para usar en la esfera internacional.

Cada nación tenía su solución preferida para el problema. La solución de Bangladesh incluiría la participación de Nepal, mientras que India quería mantener los problemas del agua exclusivamente entre sí misma y la débil Bangladesh. Como describe Khurshida Begun (1988), “las negociaciones pacíficas, estrictamente bilaterales, son una herramienta hegemónica para India.” En el transcurso de las negociaciones, una serie de discrepancias entre los hechos presentados por India y por Bangladesh muestra exactamente el propósito para el cual se usan los juicios de corte — desacuerdos sobre hechos. También los serios efectos de la falta del agua denunciados por Bangladesh parecieran poner este caso dentro del nivel de violación de derechos humanos. Nuevamente viene a la memoria la disputa sobre el papel de la adjudicación en los conflictos fluviales internacionales como un medio para equilibrar las discrepancias de poder, reconociendo al mismo tiempo que la adjudicación no puede ser simplemente igualada con un resultado mejor para el participante más débil.

En resumen, un repaso de estos y otros escritos sobre la Corte Mundial indica que las voces en contra de la Corte han sido estridentes, particularmente entre los que apoyaban la política de Estados Unidos en América Central en los años 80. Un artículo de 1991 sugiere que las minutas de la corte una vez más indican uso, aunque la Ley del Mar de las Naciones Unidas tiene una disposición para la creación de un tribunal especializado — la llamada Corte de Hamburgo, básicamente un tribunal duplicativo. No obstante, la Corte de Hamburgo tiene fuertes defensores — los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad que apoyan esta “solución alternativa al litigio existente en el tribunal pleno de la Corte Mundial”, ninguna tranquilidad en cuanto al papel de la Corte Mundial como igualadora de poder. De hecho, el periodismo reciente habla de “Gobernar el Mundo sin Gobiernos” haciendo notar que existe demanda por un nuevo sistema de gobierno, a medida que los gobiernos nacionales, las organizaciones intergubernamentales y las Naciones Unidas fallan. Y en la literatura sobre “la negociación moderna” hay poco para indicar que “los negociadores modernos” — el nuevo sistema de gobierno — están examinando con ojo crítico sus trayecto-

rias o analizando la significación más amplia de su trabajo.

Ideología del comercio è ideología de la armonía

Antes de concluir voy a mencionar brevemente un trabajo preliminar sobre las relaciones o las posibles congruencias entre la ideología del comercio y la ideología de la armonía. Gran parte del lenguaje es similar — negociar, hacer un buen negocio etc., y debemos recordar que el comercio, según la teoría clásica de ventaja comparativa, es una situación de ganador-ganador. El Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio es un caso interesante para examinar.

El Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio surgió en los años inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Dos filosofías distintas lideraron el movimiento hacia una organización mundial de comercio (Jackson, 1989). Primero, había quienes pensaban que tal organización crearía crecimiento económico a través de un comercio desarrollado. Segundo, estaban los que pensaban que una organización internacional de comercio promovería estabilidad global y serviría para prevenir guerras. En 1947 el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio fue delineado en Ginebra, y escrito con la expectativa de que una organización formal internacional, la Organización Internacional de Comercio, vigilaría su implementación. Periódicamente, el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio auspicia “rondas” o importantes clases de negociaciones. Además de cuestiones sobre tarifas, las rondas más recientes se han avocado a la cuestión de procedimientos de manejo de disputas.

Tanto la Organización Internacional de Comercio como el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio fueron concebidos durante un período en el cual “the rule of law” era sostenido como el foro más evolucionado para el manejo de disputas. Estos eran los años de noviciado de las Naciones Unidas; estos también eran los años de la recientemente establecida Corte de Justicia Internacional. Varios representantes de Estados Unidos que participaron en el bosquejo de la carta constitucional de la Organización Internacional de Comercio, y del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio, parecían estar seriamente comprometidos con el principio del “rule of law,” teniendo en cuenta el uso efectivo del arbitraje e incluso apelación a la Corte Mundial en algunos casos. La entrada de docenas de naciones pos-coloniales en el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio a principio de los años 60 impulsó una actitud dife-

rente hacia el manejo de disputas, y hay varios escritos sobre el cambio alejándose del legalismo hacia el pragmatismo. Conciliación era el término usado para describir el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio entre 1963 y 1970 cuando la adjudicación permanecía durmiente, continuando hasta los años 70 en que los paneles expertos adquirieron mayor popularidad. Hacia fines de los años 80, la mayoría de las naciones parecían indicar una preferencia por la implementación de procedimientos más legalistas. Mientras tanto tenemos el desarrollo de acuerdos comerciales regionales como NAFTA. Hay una cierta ironía en el hecho de que, justo cuando el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio se orienta hacia una propuesta más “basada en reglas” (que sería un buen presagio para los Países menos Desarrollados), se están formando convenios comerciales alternativos. Pero, retornando al Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio estamos en presencia de una clase internacional de negociadores y tecnócratas delineando la política para una clase internacional de corporaciones, a través de convenios comerciales internacionales, lo que algunos han llamado el estrangulamiento de la soberanía nacional gracias a la rienda suelta de las multinacionales. El Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio tiene su propia escuela en Ginebra para enseñar a posibles negociadores de nuevos estados miembros, la cultura internacional de la negociación. Algunos hablan de manufactura de consenso (Ikenberry, 1989). Una vez más, trabajos antropológicos como el de Philip Gulliver son invocados como justificación científica.

Comentarios finales: La economía política de los modelos legales

Las oscilaciones entre el modelo de armonía y el modelo de conflicto de manejar disputas han sido descritas por varios autores, y pareciera que la construcción estatal de procesos alternativos de manejo de disputas funciona para aliar temores de lucha de clases y discordia racial. Igualmente, agencias internacionales usan técnicas de manejo de disputas para promover el orden mundial y la estabilidad. El motivo de llamar la atención al uso de modelos de armonía o adversariales no es describir el funcionamiento de estos sistemas, sino comprender por qué las fluctuaciones en las ideologías legales, asociadas con una tolerancia por la controversia o una búsqueda de la armonía, emergen de vez en cuando, y con qué consecuencias. Por cierto, la historia del intercambio de modelos adversariales por modelos de armonía no indica que la ideología de

la armonía es benigna. Al contrario, la ideología de la armonía de las tres últimas décadas ha sido una forma poderosa de control exactamente por la aceptación general de la armonía como benigna. La historia de las condiciones bajo las cuáles las preferencias por el manejo de disputas son “compromisos cambiantes” generalmente incluye desequilibrios de poder.

Las ambigüedades alrededor de los componentes de la ley han abundado aún entre antropólogos en cuya disciplina la cultura juega un papel central. Cuando el antropólogo de antaño se proponía escribir sobre otras culturas, la cultura era un concepto usado para describir tradiciones compartidas, pasadas de generación en generación. Hoy ya no hablamos de la cultura como si fuese un todo aislado, sino que se hace la distinción de cultura hegemónica. Por hegemonía Gramsci entendía (Boggs en Greer, 1982) “la penetración en toda la sociedad civil — incluyendo un gran espectro de estructuras y actividades como gremios, escuelas, las iglesias y la familia de un sistema total de valores, actitudes, creencias, moralidad etc., que de un modo u otro sostiene el orden establecido, y los intereses de clase que lo dominan.” Ideas como armonía o política confrontacional, o eficiencia, pueden ser originadas localmente, o divulgarse, o ser impuestas, re combinadas, y usadas para controlar o para resistir control, y terminar distribuyendo el poder a través de la creación de remedios. En esta presentación he sostenido que las ideologías de resolución de disputas son un mecanismo que ha sido usado desde hace tiempo para la transmisión de ideas hegemónicas. Los procesos de disputa no pueden ser explicados como una reflexión de un conjunto predeterminado de condiciones sociales; en cambio reflejan el proceso de construcción cultural que puede ser una respuesta a una demanda, un producto de los intereses gobernantes, o el resultado de un conflicto de clase. La armonía como concepción general de la vida ha de ser escudriñada en relación a la construcción de la ley, así como el conflicto ha sido escudriñado en relación al desarrollo de la ley. Ambos deben ser examinados con relación a conceptos de un nuevo orden mundial, en que quizá todos podremos visualizar el mundo en términos de justicia y de estabilidad.

References Cited

Carter, J. 1984. *Negotiation: The Alternative to Hostility*. Macon Georgia: Mercer

- Press.
- Chanock, M. 1985. *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dellapenna, J. 1992. "Surface Water in the Iberian Peninsula: An Opportunity for Cooperation or a Source for Conflict." *Tennessee Law Review*, 59(4).
- Galantes, M. "News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice," *Denver University Law Review*, vol. II, n^o 1.
- Gong, G. 1984. *The Standard of 'Civilization' in International Society*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Greenhouse, C. 1986. *Praying for Justice: Faith, Order and Community in an American Town*. Ithaca, N. Y. Cornell University Press.
- Greer, E. 1982. "Legal Hegemony." In: *Politics of Law: A Progressive Critique*, ed. D. Kairys, New York: Pantheon.
- Grillo, T. 1991. "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women," 100, *Yale Law Jr.* 1545.
- Hayes, D. 1991. "The All-American Canal Lining Project," *Nat. Resources Jr.*, 31(4).
- Hoebel, E. A. 1954. *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ikenberry, G. 1989. "Manufacturing Consensus: The Institutionalization of American Private Interests in the Tokyo Trade Round." *Comparative Politics*, 21(3).
- Jackson, J. H. 1989. *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. Cambridge: MIT Press.
- Laylin, J. G. and R. I. Bianchi. 1959. "The Role of Adjudication in International River Disputes: The Lake Lanous Case," *American Journal of International Law* 53(1).
- Linnerooth, J. 1990. "The Danube River Basin: Negotiating Settlements to Transboundary Environmental issues," *Natural Resources Journal* 30(3).
- Nader, L. 1990. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapotec Town*. Stanford: Stanford University Press.
- Nader, L. 1988. "The ADR Explosion — The Implications of Rhetoric in Legal Reform." In: *Windsor Yearbook Access to Justice*.
- Nader, L. 1993. "Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology," in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 9, n^o 1.
- Reay, M. 1974. *Changing Conventions of Dispute Settlement in Minjarea*. In: *Contentions and Dispute*, A. L. Epstein, ed. Canberra: Australian Nat. Univ. Press.
- Said, E. *Orientalism*. 1978. New York: Pantheon Books.
- Schieffelin, E. L. 1981. "Evangelical Rhetoric and the Transformation of Traditional Culture in Papua New Guinea." *Comparative Studies in Society and History*, 23(1).
- Schwartz, R. D. and J. C. Miller. 1964. "Legal Evolution and Societal Complexity," *American Journal of Sociology*, 70(2).

TUTELAS DIFERENCIADAS E REALIDADE SOCIAL

*Luiz Guilherme Marinoni**

1. Do mesmo modo que o procedimento comum não serve para a tutela efetiva das várias situações de direito substancial, a noção de uma tutela jurisdicional descompromissada com o direito material e com a realidade social não reflete o ideal de instrumentalidade do processo. Ou seja, é insuficiente a idéia de direito à tutela jurisdicional como direito a uma sentença. Não é por razão diversa que a doutrina contemporânea passa a falar em tutela jurisdicional dos direitos. A expressão tutela jurisdicional dos direitos revela um compromisso com a instrumentalidade substancial do processo; constitui um alerta contra o dogma da neutralidade do processo em relação ao direito substancial.

Na verdade, o direito processual é imprescindível — em nível de efetividade — para a sobrevivência do próprio direito substancial¹. Cabe

* Coordenador e Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPR. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Ex-Procurador da República. Advogado em Curitiba.

1. Como diz Andrea Proto Pisani, “senza diritto processuale il diritto sostanziale non può esistere in un ordinamento caratterizzato dal divieto di autotutela privata (quanto meno non può esistere come fenomeno giuridico, in quanto la sua attuazione anziché essere garantita dallo Stato e rimessa ai meri rapporti

investigar, assim, como é possível a tolerância da difundida lentidão do processo de conhecimento, e da sua conseqüente inefetividade para a tutela dos direitos. Partindo-se da premissa de que os detentores do poder costumam conseguir legislações que bem tutelam os seus interesses, parece estranho que os interessados na dinamicidade da economia deixem de lado a lentidão da justiça civil. Tal contradição é apenas aparente: primeiro, porque o procedimento ordinário não constitui óbice às aspirações da classe dominante à medida que esta, patrocinando o *lobby*, consegue procedimentos diferenciados que tutelam egoisticamente seus interesses; e, em segundo lugar, porque os grandes grupos econômicos resolvem as demandas que lhes são mais sensíveis à margem da justiça estatal.

Devemos afastar, ainda, a idéia simplista (ou maldosa) de que o juiz é o culpado pela demora do processo, ou mesmo pela falta de qualidade do seu serviço. A questão obviamente passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Na verdade, nenhuma “justiça” é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da “forma” que os detentores do poder a desejarem e, portanto, para alguns sempre “boa” e “efetiva”.

A lentidão da justiça civil, ao contrário do que se pode supor, é do interesse de alguns. O procedimento ordinário, ao não admitir qualquer vestígio de executividade em seu seio, permite a manutenção do *status quo* do conflito de interesses por longo período de tempo, o que não só muitas vezes interessa ao réu, como também pode colocar em risco o princípio da isonomia processual. As transformações sociais que podem ser trazidas pela decisão jurisdicional, por outro lado, não raro são obstadas pela demora do processo. As ações que implicam participação política no poder — como a ação popular — têm a sua importância mitigada pelo tempo do processo, certamente deixando agradecidos os maus governantes. Isso para não lembrarmos que certa parte dos advogados são pagos na medida proporcional do tempo do processo. Admitir

di forza: con la conseguenza che il detentore o i detentori del potere di fatto divengono i detentori del potere legale indipendentemente da quanto dispongono le norme sostanziali)” (“Breve premessa a un corso sulla giustizia civile”, in: *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 10).

que a lentidão da justiça preocupa a todos, portanto, é grave ingenuidade.

Não pensamos, é óbvio, que a glorificação do procedimento ordinário decorra de tais interesses. Mas não podemos apagar a ideologia que se oculta atrás da teoria do processo de conhecimento. O processo de conhecimento, como se sabe, é um perfeito procedimento ordinário, onde o juiz tudo pode declarar mas nada fazer no plano da realidade. Trata-se, antes de tudo, de um procedimento de cognição plena e exauriente, vale dizer, de um procedimento que abarca a totalidade do conflito de interesses e que tem por fim a sua solução definitiva com base num denominado “juízo de certeza”, derivado daquilo que alguns processualistas costumam chamar de “busca da verdade”.

Quando se afirma que o procedimento ordinário tem por fim “compor definitivamente a lide” — na célebre expressão de Carnelutti —, revela-se algo que também foi objeto da preocupação de Chiovenda, pois é sabido que o último acusou os processos sumários de serem incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança de que as relações jurídicas necessitariam para desenvolver-se². Os processos de cognição parcial — justamente porque se valem da técnica das exceções reservadas — permitem a propositura de uma ação inversa por parte do réu, o que pode gerar uma sentença contrária — no plano social — ao vencedor no primeiro processo. Melhor dizendo: uma ação inversa posterior pode permitir ao vencido reverter o resultado econômico obtido pelo vencedor, o que certamente não geraria a certeza exigida para o desenvolvimento da produção industrial. A ideologia da civilização industrial, assim, de certa forma reafirmou a tendência da expulsão das tutelas sumárias do sistema processual, incompatíveis que eram com os negócios dos “homens de negócios”³.

2. Cf. Ovidio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2^a ed., Porto Alegre, Lejur, 1986, v. 11, pp. 16/17.

3. “A bem da verdade histórica, é necessário advertir que a tendência para a universalização da ordinariedade, com a eliminação das formas sumárias de tutela processual, não é uma peculiaridade somente de nosso direito e nem mesmo um fenômeno exclusivo do direito moderno. Pode-se dizer que essa tendência para a forma ordinária de procedimento — com seu natural corolário de plenitude da cognição judicial — teve origem no direito romano tardio, com a ab-

Por outro lado, na linha do pensamento iluminista, pensou-se, no início do século XIX, nos países onde o ensinamento de Montesquieu era mais vivo, em se proibir ao juiz a interpretação da lei⁴. O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte à figura do juiz como *bouche de la loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, é o da neutralidade⁵, supondo de um lado ser possível um juiz despidido de vontade inconsciente, e de outro ser a lei — como pretendeu Montesquieu — uma relação necessária fundada na natureza das coisas.

O procedimento ordinário, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de “neutralidade” que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. Ora, o julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgamento que se esperava “neutro”, o que evidencia uma nítida relação entre “busca da verdade” e “neutralidade”. Explica-se: os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao “subjetivismo” do julgador.

O princípio que expressa a proibição dos juízos de plausibilidade, e esconde o mito da neutralidade do juiz, dá sustentação à teoria do processo de conhecimento, ou melhor, à tentativa de se separar processo de conhecimento de processo de execução. O princípio da *nulla executio sine titulo*⁶, ao supor que não é possível execução enquanto não houver sentença trânsito em julgado, levou Chiovenda a afirmar que o juiz, na sentença “não definitiva”, atua a lei mediante *cognição sumária*⁷. É

sortição dos interditos pela *actio* que, como se sabe, servia-se precisamente do procedimento ordinário (*ordo judiciorum privatorum*) que é origem e fonte inspiradora de nosso processo de conhecimento” (Ovidio Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Fabris, 1993, v. 3, p. 51).

4. V. Giovanni Verde, *Profili del processo civile* (parte generale), Napoli, Jovene, 1988, p. 39.

5. V. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Descrição judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente, *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 21, p. 150.

6. V. Ovidio Baptista da Silva, Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança, in: *O processo civil contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 1994, pp. 124/128.

7. “Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executorie-

nítida a identificação entre “verdade” e trânsito em julgado, o que revela uma íntima relação entre execução e “verdade”.

O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje ocorre nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração da superação do procedimento ordinário — como única via de tutela dos direitos —, pois como revela Sergio La China⁸, a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário. A proliferação das tutelas sumárias nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massas, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelo procedimento ordinário. A redescoberta das tutelas sumárias anteriores à Revolução Francesa sob as vestes da tutela cautelar, portanto, decorre da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade.

No direito brasileiro, atrás do rótulo “ação cautelar”, surge a ação antecipatória (sumária satisfativa). Trata-se de ação que possibilita a realização do direito com base em verossimilhança, mas que não alcança a definitividade própria da coisa julgada material. O juiz, neste tipo de ação, julga o mérito com base em verossimilhança, porém sua sentença, justamente por ser fundada em cognição sumária, não produz coisa julgada material. Mas a sentença, ainda que fundada em cognição sumária, e embora não constituindo título executivo, permite a realização do direito. Ora, se a execução tem por fim a realização do direito no

dade. É o que sucede, em primeiro lugar, quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita à cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520 do Código de Processo Civil), e o mesmo se dirá do pedido de revogação (art. 503). *Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica ...*” (G. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, v. 1, p. 235).

8. Sergio La China, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza ?* in: *I processi speciali* (studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi), Napoli, Jovene, 1979, p. 151. V., também, Roger Perrot, *Procédure de l'instance; jugements et voies de recours; voies d'exécution et mesures conservatoires*, in: *Revue trimestrielle du droit civil*, 1982, p. 342.

plano dos fatos, não há razão para se chamar de “cautelar” tal realização do direito. A menos que se entenda que a realização do direito no plano da realidade social não é realização do direito propriamente dita, por se supor que o importante é a declaração da existência do direito no plano processual. Argumenta-se, de fato, que se o juiz pode declarar, na sentença de cognição exauriente (no processo principal), a inexistência do direito, não é possível falar que algum direito foi realizado no processo de cognição sumária. O que se pode constatar, porém, é apenas a falsidade da afirmação que foi suposta verdadeira, mas não que o direito que se afirmou existir não foi realizado.

Mais graves são as “ações cautelares” em que se discute unicamente matéria de direito. A doutrina não consegue compreender que a ação cautelar somente é necessária quando as afirmações de fato não podem ser provadas desde logo. Ora, quando não existe matéria de fato para ser elucidada, o juiz, ainda que na ação rotulada de cautelar, pode declarar a existência ou a inexistência do direito logo após a ouvida do réu. Entretanto, a insensibilidade da doutrina, apegada ao fetichismo dos “nomes”, afirma que se a ação é cautelar é necessária uma “ação principal”. Assim, é desnecessariamente ajuizada uma ação principal e o juiz é obrigado a admitir que profere uma sentença cautelar — e o que é pior, que existe somente *fumus boni iuris* — quando exatamente no mesmo momento profere a sentença da “ação principal” afirmando existir o direito. É intuitiva a razão pela qual o autor chama tais ações de cautelar: é que não existe a possibilidade de obtenção de liminar de outra forma⁹.

Em tais casos, na verdade, seria necessária uma ação de cognição exauriente em que fosse possível a postulação de uma liminar, ou talvez um procedimento do tipo do mandado de segurança. O vetado artigo 85 do Código de Defesa do Consumidor afirma que “contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança”. Tal norma pretendia deixar clara a possibilidade de o consumidor se valer de um procedimento do tipo do mandado de segurança contra o

9. V. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 83/87.

particular. A norma, entretanto, foi vetada sob a seguinte fundamentação: “as ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXXI e LXXII do art. 5^o da Carta Magna”. O argumento do veto é risível e, assim, somente pode ser compreendido a partir do momento em que revelamos o seu comprometimento ideológico. A proposição que admite o uso de um procedimento, como o do mandado de segurança, apenas contra atos do poder público, unicamente pode fixar como premissa a tese absurda de que apenas os agentes do poder público são capazes de cometer atos que justifiquem o emprego de tal procedimento. Imaginar que o processo é uma arma contra o Estado constitui uma idéia reacionária, da pior qualidade, sem qualquer coerência com as preocupações da moderna doutrina do processo, tão preocupada com tutelas diferenciadas, aptas a permitir a efetiva tutela dos direitos¹⁰. Na verdade, faltou vontade política para se munir o consumidor de um instrumento efetivo para a tutela dos seus direitos e, dessa forma, podemos dizer que o veto constituiu uma armadilha conservadora. Aliás, já se disse que quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada¹¹.

É importante constatar que o sistema do Código de Processo Civil — fundado no binômio processo de conhecimento-processo de execução — foi concebido para a tutela dos direitos patrimoniais, e não é adequado para a tutela das novas situações criadas pela sociedade contemporânea¹². As tutelas antecipatórias — prestadas, por exemplo, para a proteção dos direitos da personalidade — são fundadas no artigo 798 do Código

10. V. Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, pp. 530/532.

11. Boaventura de Sousa Santos, Introdução à sociologia da administração da justiça, in: *Revista de Processo*, v. 37, p. 133.

12. V. José Carlos Barbosa Moreira, Tutela sancionatória e tutela preventiva, in: *Temas de direito processual* (segunda série), São Paulo, Saraiva, 1980, p. 23.

de Processo Civil, que constitui válvula de escape para o juiz prestar a adequada tutela jurisdicional.

Demais, não podemos esquecer que a revolução tecnológica engendrou “uma acentuada deslocação dos setores primário e secundário para o setor terciário”¹³, o que levou à multiplicação dos conflitos envolvendo prestações de fatos. Esta nova realidade, principalmente quando as obrigações de fazer são de caráter infungível, deixa às claras a impotência da tutela de condenação e a necessidade de pensarmos em novas alternativas de tutela jurisdicional.

Uma evolução adequada do sistema de distribuição de justiça equivaleria à predisposição de procedimentos adequados à tutela dos novos direitos¹⁴. A inércia do legislador — ao menos para dar tutela efetiva às novas situações carentes de tutela — conduz a uma interessante e generosa posição doutrinária: a do direito à adequada tutela jurisdicional.

O direito de acesso à justiça tem como corolário o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. Pouquíssimos, porém, são os juristas que assim pensam. Lembre-se que o Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do “pedido de medida cautelar” na ação direta de inconstitucionalidade nº 223-6-DF — que teve por objeto a medida provisória que proibiu a concessão de liminares nas ações cautelares e nos mandados de segurança que versassem matéria concernente ao denominado Plano Collor —, ao analisar o alcance do princípio da inafastabilidade (art. 35, XXXV, CF), assim concluiu: “Com efeito, para que não houvesse dúvida de que a vedação da exclusão da apreciação por parte do Poder Judiciário alcançava não apenas o direito já violado (lesão de direito), mas também o direito apenas ameaçado (o que dá margem inclusive a ações como as de mandado de segurança, declaratória, relativas à ameaça à posse, para aqueles que consideram esta como direito, e ações essas que não pertencem ao âm-

13. João Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 24.

14. Tommaso, em intervenção no Congresso de Milão sobre medidas cautelares (1984), advertiu para a necessidade de “un processo rapido che consenta d’ottenere subito quanto sarebbe possibile conseguire solo al termine d’un lungo e costoso processo di cognizione, un processo che segua i vorticosi ritmi e le pressanti esigenze della vita sociale ed economica dei nostri giorni” (Ferruccio Tommaso, Intervenção no Congresso Internacional de Milão, in: *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 302).

bito do processo cautelar), esse inciso da atual Constituição mencionou, expressamente, a ameaça a direito. Mas, com isso, teria impedido que se restringisse o uso de medidas liminares ou de procedimentos especiais outros, desde que não se obstasse a que, no mínimo por ação ordinária, o Poder Judiciário apreciasse lesão ou ameaça a direito, pois o que é vedado é excluir de apreciação, é eliminar, não admitir, privar, o que não sucede, evidentemente, se por meio ordinário se admite tal apreciação”. Quem fala em “direito à adequada tutela jurisdicional” obviamente não pode aceitar este entendimento, pois o princípio da inafastabilidade não apenas veda que se exclua de apreciação, mas antes de tudo garante o direito ao processo efetivo, que é princípio imanente ao próprio Estado de Direito.

2. Como escreve Trocker, a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do sistema processual às características dos direitos substanciais e à posição social dos litigantes, é um dos defeitos que frequentemente tem marcado as codificações processuais do direito continental europeu, demasiadamente preocupadas em desenhar um sistema linear e puro¹⁵. Na realidade, não há apenas necessidade de tutela adequada ao plano do direito material, mas também de uma tutela diferenciada em razão das diferentes posições sociais. Isto é, o procedimento do Juizado de Pequenas Causas nada mais é do que uma exigência insuprimível para um ordenamento jurídico que se inspira no princípio da igualdade e empenha-se em oferecer a todos um processo rápido, eficiente e realmente acessível.

Pouco adiantará, contudo, o procedimento peculiar do Juizado de Pequenas Causas, se não for organizada, ao seu lado, uma assistência judiciária e jurídica eficiente. Não é o caso de uma simples assistência profissional em juízo, mas também da instituição de um serviço de orientação e informação dos cidadãos sobre os seus direitos. Esta última necessidade tem sido esquecida, talvez porque aqueles que podem implementar as reformas no Poder Judiciário não tenham consciência de que distribuir justiça não é simplesmente julgar as causas que chegam a juízo.

Em razão da confusão entre os conceitos de “pequena causa” e de “causa de menor complexidade”, existe o sério risco de que o Juizado

15. N. Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 698/699.

de Pequenas Causas assuma a figura de mero órgão jurisdicional destinado a dar maior efetividade a determinadas ações, como a ação de despejo. Ora, a finalidade do Juizado de Pequenas Causas está a quilômetros de distância da simples idéia de celeridade da prestação jurisdicional. O Juizado deve manter o seu ideal de atender “ao justo anseio de todo o cidadão em ser ouvido em seus problemas jurídicos”¹⁶. Aliás, não há dúvida que o procedimento do Juizado de Pequenas Causas teve em mira possibilitar o acesso do pobre à justiça, permitindo a acomodação dos conflitos sem expressão econômica que se sucedem em seu cotidiano.

A má formação profissional dos operadores do direito é fonte propícia para o retorno ao formalismo e para a dissolução da ideologia que marca o Juizado, o que evidencia a necessidade de um maior investimento na formação dos profissionais do direito. A mudança de mentalidade dos juizes, promotores e advogados é imprescindível para o adequado funcionamento da justiça civil. A insistência dos advogados, v. g., no sentido de que são indispensáveis à administração da justiça, constitui obstáculo para a efetividade do Juizado de Pequenas Causas, e pode representar uma irresponsável troca de uma crise conjuntural de mercado de trabalho por uma crise talvez permanente de legitimidade política e profissional¹⁷.

3. Vale a pena anotar, ainda, que a adequação do processo à realidade da sociedade de massas fez surgir um sofisticado sistema de tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conceber um sistema processual adequado aos conflitos de massas, porém, não significa, por si só, um rompimento com o individualismo ou com a cultura jurídica liberal. É certo que os direitos “coletivos” exigem uma forma de tutela que foge da lógica individualista, mas de nada adianta uma tutela diferenciada, legitimada pela regularidade do procedimento, sem a construção de uma macroética capaz de atribuir uma responsabilidade moral comum¹⁸.

16. Kazuo Watanabe, *Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas*, in: *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 7.

17. Caetano Lagrasta Neto, *Meios alternativos de solução dos litígios*, in: *Revista dos Tribunais*, v. 639, p. 23.

18. Celso Campilongo, *Assistência jurídica e realidade social: apontamen-*

É indispensável a concepção de uma nova forma de assistência judiciária, apta a propiciar a assistência não só aos pobres enquanto classe, mas também ao público em geral. Não há razão para um processo coletivo, ou mesmo para as concepções de direito difuso e coletivo, sem a conscientização e a organização comunitárias¹⁹.

A efetividade da participação através das ações coletivas, ademais, certamente caminhará na razão proporcional direta da organização de entidades civis destinadas a lutar pelos direitos difusos e coletivos. A proliferação das chamadas “organizações não-governamentais”, conhecidas como “ongs” — hoje, segundo levantamentos, em número superior a 5.000 no país²⁰ —, é reflexo salutar de uma maior participação política e da expansão do conceito de cidadania.

4. Há a necessidade da pesquisa sociológica das controvérsias que não se amoldam à jurisdição, mas às vias alternativas de pacificação social, como a conciliação. A conciliação, ao contrário do processo jurisdicional, torna possível a restauração do relacionamento entre as partes, razão da sua importância na sociedade de massas, onde sucedem-se pequenos conflitos nas relações de vizinhança e de consumo, situações em que a coexistência é duradoura no tempo e a convivência cordial entre as pessoas, fundamental²¹.

tos para uma tipologia dos serviços legais, p. 10.

19. “A premissa fundamental, nessa linha, é a de que a população pobre e desorganizada não tem condições de competir eficientemente na disputa por direitos, serviços e benefícios públicos, quer no jogo das relações de mercado quer na arena institucional. Dito de outro modo, a falta de consciência a respeito dos próprios direitos e a incapacidade de transformar suas demandas em políticas públicas são combatidas com o trabalho de esclarecimento e organização popular para a defesa de seus interesses” (Celso Campilongo, *Assistência jurídica e realidade social: Apontamentos para uma tipologia dos serviços legais*, cit., p. 11).

20. *Revista Veja*, 9 de fevereiro de 1994, p. 70.

21. Ada Pellegrini Grinover, A conciliação extrajudicial no quadro participativo, in: *Participação e processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 281. Como diz Mauro Cappelletti, “é significativo que um processo dirigido para a conciliação — ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” — ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado” (*Acesso à justiça*, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 84).

Por outro lado, vem surgindo, em alguns setores, uma autêntica “justiça alternativa”, como nas favelas do Rio de Janeiro, onde também foi detectada a existência de um direito inoficial. Nos bairros dessas favelas, verificou-se que a Associação de Moradores funciona como verdadeira instância de resolução de conflitos entre vizinhos, o que não só permite concluir que o Estado contemporâneo não é mais detentor dos monopólios da produção do direito e da distribuição da justiça²², mas também que formas alternativas de resolução de conflitos podem constituir eficazes instrumentos de pacificação social.

Cabe alertar, entretanto, que se é certo que a “justiça alternativa” será a melhor opção em muitos casos, existe o risco de que as barreiras econômicas e sociais que impedem o acesso à “justiça estatal” façam surgir vias de resolução de litígios onde predomine o arbítrio ou a injustiça. A problemática das vias alternativas de distribuição de justiça, portanto, desemboca na questão da legitimidade do exercício do poder.

22. Boaventura de Souza Santos, *Introdução à sociologia da administração da justiça*, cit., p. 131.

CONCEITO DE JUSTO TÍTULO PARA EFEITO DE USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Manoel Caetano Ferreira Filho e Paulo Ricardo Schier***

I. Introdução: Possibilidades e exigências da Constituição Federal de 1988

1. Hoje, diante da insuficiência dos discursos teóricos tradicionais em atenderem as novas demandas sociais advindas com a crise do liberalismo/individualismo¹, não é mais possível sustentar uma prática jurídica exclusivamente de cunho formalista e, tão-pouco, exclusivamente crítica, pois, afinal, qualquer uma dessas atitudes extremadas trairiam a

* Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Processual Civil e Doutorando na mesma disciplina pela PUC-SP.

** Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná.

1. Sobre a crise do liberalismo/individualismo jurídico e a necessidade de sua superação, Cf. José Eduardo Faria. As transformações do judiciário em face de suas responsabilidades sociais, In: José Eduardo Faria et alii. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994, p. 52-3 ss.

dialeticidade imanente ao objeto social.

Visando, então, superar qualquer um desses extremos a partir dos quais é possível fazer uma leitura jurídica da sociedade, o Uso Alternativo do Direito propõe uma concepção na qual não se privilegia nem o formalismo vazio do positivismo jurídico e nem a desconstrução irracionalista das Teorias Críticas. Assim, busca uma construção racional do direito, fundado numa proposta axiologicamente assumida², resgatando a importância de uma *nova dogmática jurídica* (que não pode ser confundida com o *dogmatismo* proposto pelo positivismo jurídico, enquanto atitude científica perante o direito³). Portanto, trata-se da proposta de uma crítica intradogmática.

Neste sentido, caminho viável e seguro que se apontou para a solução das principais questões sociais, foi a aposta na dimensão prospectiva, racional e histórica, proporcionada pela Constituição Federal de 1988⁴, apresentada como portadora de uma compromissoriedade entre as várias classes, frações de classes e grupos que constituem a sociedade brasilei-

2. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho chama a atenção para o fato de que o ponto central do Movimento do Direito Alternativo está na assunção da postura ideológica, pois “assumir-se (...) parece ser a única ponte capaz de garantir ao jurista um caminhar comprometido, engajado” (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O papel do novo juiz no processo penal, in: *Direito Alternativo* — seminário nacional sobre o uso alternativo do direito —, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, COAD, 1994, p. 33). No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier afirma que, dentre as três perspectivas teóricas do Uso Alternativo do Direito — epistemológica, axiológica e hermenêutica — destaca-se a que diz com uma opção axiológica crítica, exigindo engajamento dos operadores jurídicos na luta pelos interesses dos “oprimidos” (Paulo Ricardo Schier. Uso alternativo do direito, in: *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica, vol. 2, 1993, p. 74 e ss.

3. Sobre esta questão acerca da dogmática e dogmatismo jurídico, consultar Clémerson Merlin Clève. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória), in: *Direito Alternativo* — seminário nacional sobre o uso alternativo do direito —, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, COAD, 1994, p. 46.

4. Neste sentido, Cf. Eduardo K. M Carrion. A dimensão prospectiva das constituições, in: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 49/primavera de 1988, p. 80 e ss.

ra⁵, trazendo no seu bojo uma verdadeira “reserva de justiça”⁶ na qual se poderá vincular normativamente os operadores jurídicos caso se consiga fundar uma mentalidade de “efetividade/normatividade integral do texto constitucional”⁷,

2. Para isto, dois tópicos constitucionais mostram-se de fundamental importância: o que diz respeito à força normativa da Constituição e, em seguida, o que diz respeito à Teoria da Filtragem Constitucional (preeminência normativa da Constituição).

Não cabe aqui fazer uma análise exaustiva acerca desses dois tópicos. Afinal, sobre essas matérias, os apontamentos de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸, Konrad Hesse⁹, Eduardo García de Enterría¹⁰, Clémerson Merlin Clève¹¹ e Luis Roberto Barroso¹², dentre outros, já nos são suficientes e, por isto, tomamo-los por modelo. Entretanto, algo mais deve ser dito sobre essas problemáticas, pois uma teoria adequada do ordenamento jurídico não pode descurar-se das especificidades de

5. José Eduardo Faria, em todo o texto de seu livro *O Brasil Pós-Constituinte* aponta para a compromissoriedade da Constituição Federal de 1988. Este livro foi publicado pela Editora Graal, Rio de Janeiro, 1989.

6. Aliás, o fato da Constituição Federal de 1988 trazer uma “reserva de justiça” não é um privilégio exclusivo seu, sendo que Canotilho inclusive chama a atenção para a possibilidade de se construir uma teoria da justiça, absolutamente histórica, a partir da principiologia dos textos constitucionais (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 1991, 1214p.).

7. “Se a Constituição condensa normativamente valores caros às classes populares, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também jurídica) de sua afirmação, realização, aplicação. O como fazer isso juridicamente, esta é obra da nova dogmática, cujo desafio é fazer desta Constituição uma Constituição normativa integral” (Clémerson Merlin Clève. *A teoria constitucional...* cit., p. 48).

8. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da constituição*, Coimbra, Ed. Coimbra, 1991, p 35-75.

9. Konrad Hesse. *A força normativa da constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, SAFe, 1991, 32p.

10. Eduardo García Enterría de e Tomás-Ramon Fernandez. *Curso de direito administrativo*, trad. de Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 68-146.

11. Clémerson Merlin Clève. *A teoria constitucional...* cit., p. 45-51.

12. Luis Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas — limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro, Renovar, 1990, 231p.

cada ramo do direito, mormente quando se trata de direito privado, que não obstante encontrar-se envolvido pela nova coloração axiológica que lhe imprimiu a Constituição Federal de 1988, possui, na lógica do sistema, seus próprios instrumentos de proteção e defesa¹³.

3. Os constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao tratarem a questão da *força normativa da Constituição*¹⁴, falam acerca do que se convencionou chamar, em Portugal, de “preeminência normativa” e, no Brasil, vem tomando a expressão “Teoria da Filtragem Constitucional”¹⁵. Quer esta significar, em termos bastantes simples que, diante da *força normativa da Constituição*, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia e juridicidade constitucional.

Tal processo de filtragem constitucional inaugura, certamente, um momento de releitura do direito, seja no seu âmbito tecnológico (visando a orientação e decidibilidade dos problemas concretos)¹⁶ ou científico (enquanto discurso interdisciplinar que tende a uma aproximação do objeto jurídico através de cortes epistemológicos ou, mais além, busca a instauração de novos “subparadigmas” dentro da Teoria do Direito)¹⁷.

4. Dentre os corolários desta releitura do ordenamento jurídico e do

13. “O reconhecimento e tutela desses direitos fundamentais e princípios valorativos constitucionais no domínio das relações de direito privado processa-se mediante os meios de proteção próprios deste ramo do direito, v.g., nulidade (...)” (Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1991, p. 73).

14. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da constituição...* cit., p. 43-61.

15. Cf. Clémerson Merlin Clève. A teoria constitucional... cit., nota nº 32, p. 49: “Fala-se, aqui, em ‘interpretação conforme a Constituição’ não exatamente como técnica de salvamento de atos normativos, (...) mas, sim, com o sentido de ‘filtragem’ constitucional do direito infraconstitucional”.

16. Sobre a dogmática enquanto tecnologia da decidibilidade, Cf. Tércio Ferraz Júnior. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas, 1989, 335p.

17. Tomamos por noção de ciência aquela apresentada pela epistemologia crítica bachelardiana, que trabalha esta idéia através da categoria designada por corte epistemológico. Essa categoria “reflete uma rutura que separa de modo irrecuperável o conhecimento científico do conhecimento comum, estabelecendo duas problemáticas distintas: uma ideológica, que será abandonada, e uma científica, que será assumida” (Clémerson Merlin Clève. *O direito e os direitos*).

seu discurso, surge a necessidade de se buscar, nos vários ramos da normatividade, dentre eles o Direito Civil, uma interrelação axiológica visando a coerência sistêmica e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador (consenso constitucional).

Neste sentido, ninguém nega que muito esforço vem sendo desenvolvido na doutrina do Direito Processual. Basta ver, por exemplo, o amplo trabalho de constitucionalização deste ramo do direito elaborado por aqueles que labutam nesta seara¹⁸.

5. Porém, e infelizmente, salvo honrosas exceções, o mesmo ainda não se pode dizer relativamente ao Direito Privado, que ainda muito marcado por um traço liberal/individualista, parece que se nega a reconhecer os conflitos e contradições emergentes nas sociedades contemporâneas do Ocidente, agravados em um Brasil latino-americano de terceiro mundo que, mesmo superando o autoritarismo dos governos militares, ainda tropeça na construção de uma democracia jurídica efetiva e axiologicamente material, pois, afinal, a democracia formal, apresentada, por exemplo, nos moldes de BOBBIO¹⁹, para Estados europeus altamente desenvolvidos, onde já se quer viver a “ilusão neoliberal do pós-moderno”²⁰, não serve para nossa realidade periférica de excluídos em relação ao centro do planeta²¹.

18. Apenas exemplificativamente, Cf. Luiz Guilherme Marinoni. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, 181p.; ainda Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, 478p..

19. Para Bobbio, a democracia consubstancia-se em um valor meramente formal, procedimental, fundado em “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (Norberto Bobbio. *O futuro da democracia — uma defesa das regras do jogo*, trad. de Marco Aurélio Nogueira, 4ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 1989, p. 18).

20. Sobre a ilusão da pós-modernidade, e sua inadequação discursiva em países como o Brasil, Cf. Sérgio Paulo Rouanet. *As razões do iluminismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 1992, p. 229-77 (especialmente o texto intitulado “A verdade e a Ilusão do Pós-Moderno”). Também Edmundo Lima de Arruda Jr. *Introdução à sociologia jurídica alternativa*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 95-104 (especialmente o texto “O Moderno e o Pós-moderno no direito: reflexões sobre um neo-colonialismo jurisdicista”).

21. Dussel chama a atenção para isto, em: Enrique D. Dussel. *Filosofia da libertação na América latina*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Loyola, 1977, 281p.

Assim, cumpre indagar e falar sobre *nossa* sociedade, nossos problemas, nossas angústias, que se mostram como o *alter* das sociedades centrais e, por isto, exigem outras soluções *alternativas*...

Neste sentido, o que se buscará no presente trabalho é a proposição de solução alternativa relativamente à questão ligada a um dos problemas estruturais do capitalismo: a propriedade e, como decorrência lógica, a posse.

6. Como se sabe, durante muito tempo vigorou a concepção liberal sobre a posse e propriedade onde não se indagava acerca da possibilidade de uma coletivização/funcionalização desses institutos. Portanto, até então, falar-se em função social da posse e propriedade constituía verdadeira *heresia*.

Entretanto, os tempos mudaram. A história tomou rumos próprios em sua dialeticidade e, assim, afastou-se da desejada “ordem individualista” sonhada pelas classes e grupos hegemônicos. Emergiram na malha social todas as espécies de conflitos e contradições, surgidos do próprio produto (filhos espúrios e não reconhecidos) do capitalismo. E neste contexto, o Direito Privado mostrou-se insuficiente para a solução adequada das novas demandas. A sociedade já não é a mesma do início do século; as soluções não podem ser as mesmas. O Direito precisa adequar-se a essa nova realidade.

7. Exatamente em razão disso, surge a necessidade de vislumbrar e incutir, no âmbito do Direito Civil, uma nova coloração aos institutos da posse e propriedade²², antes protegidas de forma quase frenética, atribuindo-lhes uma função social, que ganha enorme projeção a partir do momento em que a própria Constituição Federal de 1988, que se pretende efetivar enquanto dotada de uma normatividade integral, consagrou-a nos seguintes termos: “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII).

Ora, diante desse dispositivo, não é possível furtar-se a uma releitura da propriedade e da posse, inserida em um novo contexto de valores sociais inaugurado pela Constituição de 1988²³.

22. Neste sentido, consultar Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria...* cit., p. 130-45.

23. Por esta linha de produção, é interessante a consulta das seguintes obras: Luiz Edson Fachin. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre, SAE, 1988, 99p.; Gustavo Tepedino. *Contorni della proprietà nella*

Como decorrência de tal releitura, que como já se disse deve ser feita em âmbito intradogmático, está a necessidade de se redelimitarem os institutos ligados à noção de posse e propriedade, como a usucapião, a partir da análise de seus próprios requisitos.

8. Destarte, nesta seara, o que se passa a fazer é a busca de uma nova visão acerca da noção de *justo título*, que é um dos requisitos legais para a usucapião ordinária, que merece ampliação para atender as novas demandas sociais e a normatividade da atual ordem Constitucional.

II. Usucapião: conceito e espécies

1. Como costuma ocorrer com os institutos jurídicos de um modo geral, vários são os conceitos da usucapião. No entanto, diante do ordenamento jurídico pátrio, é ainda o de Modestino aquele que melhor se apresenta: “*usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definit*”, ou, como traduz Nelson Luiz Pinto, “o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei”²⁴. Assim também a conceitua Orlando Gomes²⁵. Revela Luiz Francisco Guedes Amorim que esta noção provém da própria etimologia da palavra, que “é formada do substantivo latino *usus*, com a significação primitiva de posse, segundo a lição dos romanistas, e do verbo *capere*, com o sentido de tomar, adquirir”²⁶.

A especificidade do tema objeto deste trabalho (conceito de justo título) não permite uma digressão sobre ser a usucapião uma forma originária ou derivada de aquisição da propriedade. A doutrina não é unânime sobre o tema. Esclarecedora resenha das opiniões sobre a matéria é fornecida por Nelson Luiz Pinto²⁷.

2. O Código Civil, já em sua redação primitiva, contemplava duas

Costituzione brasiliana del 1988, stratto dal Rassegna di diritto civile, diretta da Pietro Perlingieri, s.l., Edizioni Scientifiche Italiane, n° 1/91, p. 96-119.

24. Nelson Luiz Pinto. *Ação de Usucapião*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1991, p. 39.

25. Orlando Gomes. *Direitos Reais*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 145.

26. Luiz Francisco Guedes Amorim. Da ação de usucapião de terras particulares, in: *Revista de Processo*, n° 22, 1981, p. 39.

27. Nelson Luiz Pinto, obra citada, p. 39 a 42.

modalidades de usucapião: a ordinária e a extraordinária. A Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, embora alterando os prazos estabelecidos nos arts. 550 (de 30 para 20 anos) e 551 (de 20 para 15 anos, entre ausentes), manteve as duas espécies.

Ao lado dessas duas, existe ainda a modalidade de usucapião especial, disciplina da Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Além delas, pode-se também falar na usucapião constitucional, “cujos fundamentos se assentam na função social da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182, da CF) e na função social da propriedade rural”⁵.

3. Interessa ao tratamento do tema em análise uma referência aos requisitos da usucapião ordinária, traçando sua distinção da extraordinária.

Esta última espécie está prevista no art. 550 do Código Civil: “Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no registro de imóveis”.

Já a usucapião ordinária vem contemplada no art. 551, do mesmo Código: “Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé”.

Percebe-se, pois, que além dos prazos diversos, a grande diferença entre as duas espécies está na exigência de “justo título e boa-fé”, para a usucapião ordinária, requisitos dispensados para a extraordinária.

A doutrina costuma afirmar que “na usucapião extraordinária, a boa-fé e o justo título presumem-se”⁶. Contudo, parece-nos, não há que se cogitar de presunção. Simplesmente, nesta modalidade de usucapião, a boa-fé e o justo título podem até não estar presentes. Não cogita o legislador de tais requisitos. Bastam o “possuir como seu” e o “prazo de vinte anos”.

O legislador deu tratamento diferenciado aos possuidores que satisfaçam e aos que não preencham os requisitos de boa-fé e justo título,

28. Nelson Luiz Pinto, obra citada, p. 51.

29. Orlando Gomes, obra citada, p. 151.

concedendo àqueles a vantagem do prazo menor.

III. Requisitos da usucapião ordinária

Como já se afirmou, os requisitos específicos da usucapião ordinária são o justo título e a boa-fé. A conjunção “e” usada na última frase do art. 551, por si só, já é um indicativo de que se trata de elementos distintos. No entanto, “o conceito de justo título viveu durante muito tempo atrelado ao de boa-fé, como se fossem elementos de um mesmo requisito”³⁰. Tal sucedeu porque “poderia parecer, à primeira vista, que a existência do justo título implicaria boa-fé, o que dispensaria este requisito”³¹. Ambos autores citados preocupam-se em demonstrar a autonomia dos dois conceitos. Após dar o exemplo em que o comprador sabe que a coisa comprada não pertence ao vendedor, no qual há justo título e a boa-fé está ausente, Orlando Gomes conclui que “a boa-fé, realmente, é elemento autônomo na usucapião ordinária”. Por sua vez, Nelson Luiz Pinto propõe-se a “delimitar o âmbito de abrangência destes dois conceitos, separando-os um do outro, demonstrando como podem, a nosso ver, aparecer isolada e autonomamente, não devendo, pois, serem tratados como dois elementos de um mesmo requisito, e sim, como dois requisitos autônomos”³².

O conceito de justo título será objeto de abordagem na sequência deste trabalho. Sobre o de boa-fé, no direito brasileiro e no comparado, remetemos à leitura da citada obra de Nelson Luiz Pinto (p. 121 a 127).

IV. O conceito de justo título

1. Ao contrário da boa-fé, que é requisito de ordem subjetiva, o justo título há de ser aferido no plano objetivo. Não raras vezes, já foi observado que a expressão não traduz com clareza aquilo que quer significar³³.

30. Nelson Luiz Pinto. obra citada, p. 111.

31. Orlando Gomes. obra citada, p. 153.

32. Nelson Luiz Pinto. obra citada, p. 111.

33. Orlando Gomes, ob. cit. p. 257; Rosa Maria B. B. Andrade Nery, Carac-

Ocorre que o vocábulo título conduz sempre à idéia de instrumento, documento escrito. No entanto, o sentido com que é empregado no art. 551, do Código Civil, é o de, além do documento que retrata um negócio jurídico, causa desse mesmo negócio. Aliás, Orlando Gomes afirma que “título se emprega, no caso, como sinônimo de ato jurídico”³⁴. Por seu turno, Rosa Maria B. B. Andrade Nery, apoiada na doutrina alemã, diz que o título é “também a própria causa, o fundamento deste mesmo negócio jurídico”³⁵.

2. Antes de se passar a uma notícia do conceito de justo título na doutrina pátria, convém fazer uma advertência: a simples transposição do conceito encontrado na doutrina estrangeira pode levar a conclusões equivocadas. Sucede que, em muitos países, como a Itália (art. 1.159, do Código Civil) e a Argentina (art. 4.010, do Código Civil), o direito positivo contém um conceito de justo título. Logo, em tais países a doutrina, ao conceituar justo título, não pode se afastar dos elementos constantes do texto legal. O nosso Código Civil, todavia, não por acaso, omite totalmente qualquer conceito ou noção de justo título.

Assim, os conceitos revelados por doutrinadores estrangeiros, quando muito, podem servir de elemento para reflexão; jamais devem ser simplesmente assumidos e assimilados para revelar o significado do justo título no direito pátrio.

Tomemos apenas um exemplo: no direito francês só é considerado justo título aquele que, embora translativo da propriedade, não produz tal efeito ou porque o alienante não era proprietário, ou, sendo-o, não gozava do direito de dispor. Fora dessas duas hipóteses, o art. 2.257, do Código Civil Francês, proíbe expressamente que se considere justo o título que, por qualquer outro defeito — de forma, por exemplo — não seja apto a transferir a propriedade. Da mesma forma ocorre com o direito italiano.

Ora, no Brasil, por inexistir qualquer regra definidora do justo título, doutrina e jurisprudência estão liberadas para construir o conceito mais adequado à nossa realidade social, limitando ou ampliando³⁶ a sua

terização do justo título para o usucapião, in: *Revista de Processo*, nº 56, 1989, p. 257.

34. Orlando Gomes. obra citada, p. 151.

35. Rosa Maria B. B. Andrade Nery, ob. cit., p. 257.

36. Parece ser esta, ao nosso aviso, a melhor orientação.

abrangência.

Isto significa que os fundamentos deste ou daquele conceito não podem estar puramente no argumento de autoridade, isto é, na opinião de autores estrangeiros, por mais renomados que sejam.

3. Observando que toda classificação pode ter algo de autoritário, se considerada de forma absoluta, podemos destacar uma “linha mais liberal” e uma “doutrina tradicional”³⁷ dentre os autores pátrios.

Na doutrina tradicional “justo título é todo ato formalmente adequado a transferir o domínio, ou o direito real de que trata, mas deixa de produzir tal efeito em virtude de não ser o transmitente senhor da coisa, ou do direito, ou de faltar-lhe o poder legal de alienar”³⁸.

Semelhante conceito é altamente limitador. Ao que nos parece, “data venia”, face ao direito positivo brasileiro e diante da nossa realidade social, não convém restringir tanto a abrangência do conceito, que deve ser estendido também a outras situações que não a venda “a non domino” e a incapacidade para alienar.

Preocupada com o “alargamento que a jurisprudência vem dando ao conceito de justo título”, Rosa Maria B. B. Nery afirma que tal tendência “fere a lei posta e tem autorizado a incidência cada vez maior de decisões completamente afastadas da lei”³⁹. Esta opinião foi externada em crítica a um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu caracterizar justo título o compromisso particular de “cessão de parcela de escritura de venda e compra”. Para a aludida autora a validade do título é imprescindível a que seja considerado justo, para os efeitos da usucapião ordinária.

Entendimento mais liberal manifesta Orlando Gomes, para quem, além dos casos de venda “a non domino” e do transmitente que não goza

37. As expressões são de Nelson Luiz Pinto, ob. cit., p. 113. Ressaltamos, porém, que a expressão “liberal”, utilizada por Nelson Luiz Pinto e que ora também passamos a adotar, está aqui empregada de modo diverso daquele que utilizamos na primeira parte do texto. Acima, o termo foi empregado no sentido de ideologia liberal/individualista proveniente de uma concepção burguesa/privatista do espaço jurídico; agora passamos a utilizá-lo como contraposição às correntes tradicionais. Daí, o seu sentido deve ser entendido como “linha mais progressista”.

38. Lenine Nequete, *Da prescrição aquisitiva* (usucapião), 2^a ed., Porto Alegre, Sulina, 1970, p. 173.

39. Rosa Maria B. B. Nery, ob. cit. p. 260.

do direito de dispor, haverá justo título quando tiver ocorrido “erro no modo de aquisição”. Assim é que considera ser justo mesmo o título eivado de nulidade relativa ou anulação; somente na hipótese de nulidade absoluta é que o título deixaria de ser justo, cabendo, pois, apenas a usucapião extraordinária. Ainda assim, diz que na “hipótese de quem adquire por instrumento particular bem cuja transmissão requer escritura pública”, mesmo que o “ato seja nulo, por defeito de forma, é de admitir a possibilidade de ser sanado o defeito com a usucapião ordinária”⁴⁰. Logo adiante apresenta critério mais genérico: “um título nulo de pleno direito não pode ser considerado título justo, salvo quando, pelo jogo de outros princípios, é aconselhável aceitá-lo como elemento constitutivo da usucapião ordinária”⁴¹.

Como se vê, ao saudoso professor baiano não causaria estranheza a decisão criticada por Rosa Maria B. B. Nery: mesmo a escritura particular pode ser considerada justo título.

4. Dentre os “liberais” pode ser incluído Caio Mário da Silva Pereira, que define como justo o título hábil, em tese, para a transferência da propriedade da coisa, que, porém, não se opera por padecer o título de algum vício capaz de lhe retirar a qualidade específica⁴². Analisando a opinião deste autor, Nelson Luiz Pinto conclui que, segundo ela, “qualquer vício no título pode ser sanado pela usucapião ordinária”⁴³.

Assim como Orlando Gomes, a posição de Lafayette inclui no conceito de justo título a hipótese de “erro no modo de aquisição”⁴⁴.

Pontes de Miranda também exclui do conceito de justo título somente o nulo, afirmando que “se é nulo o título, não é justo”. Contudo, acrescenta: “somente o título anulável não obsta o usucapião ordinário”⁴⁵.

Já no que se refere à forma pública ou privada, afirma que somente a escritura pública, por ter eficácia “erga omnes”, pode caracterizar o justo título⁴⁶.

5. Outro requisito que tem suscitado divergência diz respeito à ne-

40. Orlando Gomes, ob. cit., p. 152.

41. Orlando Gomes, ob. cit., p. 153.

42. Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, p. 139.

43. Nelson Luiz Pinto, ob. cit., p. 113.

44. *Direito das Coisas*, 5ª ed., Freitas Bastos, 1943, p. 234.

45. Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. (T. XI, p. 140-141).

46. Pontes de Miranda. ob. cit., p. 145.

cessidade, ou não, da transcrição do título no registro imobiliário. Na corrente que entende só ser justo o título transcrito estão Lacerda de Almeida, Lafayette e Washington de Barros Monteiro. Outros, como Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, dispensam tal requisito.

Coerente com o posicionamento já acima assumido, pensamos que está mais adequado à realidade brasileira o entendimento que dispensa a transcrição do título no registro imobiliário.

6. Outra questão polêmica diz respeito ao compromisso de compra e venda. Para alguns, não pode ser considerado justo título por duas razões: não é translativo de propriedade, posto que somente a futura escritura de compra e venda é que possui aptidão à transferência do domínio; além disso, o promitente-comprador não possui a coisa como sua, tendo apenas a posse direta da coisa, cuja posse indireta permanece com o promitente-vendedor. Esta opinião já foi expressada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 91.793-MG⁴⁷.

A decisão foi criticada por José Osório de Azevedo Júnior⁴⁸. Aplaudindo esta crítica, Nelson Luiz Pinto afirma que “não se pode deixar de reconhecer ao compromissário-comprador, que quita o preço, o *animus domini*, a intenção de possuir a coisa como sua”⁴⁹.

Em resenha de jurisprudência elaborada por Gisele Ferreira de Araújo, constam dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que “o compromissário comprador não tem *animus domini* e, por isso, sua posse, que é direta e originada no contrato de compra e venda, não gera usucapião”⁵⁰.

7. A doutrina costuma arrolar como atos translativos mais comuns, que podem ser considerados justo título: a) compra e venda; b) troca; c) dação em pagamento, d) doação; e) dote; f) legado; g) arrematação; d) adjudicação⁵¹.

Outros negócios jurídicos não geram justo título, como é o caso da

47. Acórdão publicado na RTJ nº 97, p. 796.

48. José Osório de Azevedo Júnior. *Compromisso de compra e venda*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983.

49. Nelson Luiz Pinto, ob. cit. p. 118.

50. Gisele Ferreira de Araújo, *Revista de Processo*, nº 56, 1989, p. 275.

51. Orlando Gomes, ob. cit., p. 153; Nelson Luiz Pinto, ob. cit., p. 115.

transação. Além dela, não caracterizam justo título, a sentença em juízo divisório e a sucessão, pois “são todos meramente declaratórios, e não constitutivos”⁵². Quanto à transação, opinião divergente manifesta Antonio Macedo de Campos, entendendo que dela emana o justo título⁵³.

Também a sentença proferida na ação reivindicatória não constitui justo título perante terceiro que seja o verdadeiro proprietário da coisa.

Pelas razões já acima expostas, entendemos que também o compromisso de compra e venda pode caracterizar o justo título. Importa, contudo, destacar que a enumeração é meramente exemplificativa. O que interessa é a fixação do conceito de justo título e, a partir dele, verificar no caso concreto se o negócio realizado pode a ele ser subsumido.

8. Por fim, há que se destacar que o justo título deve ser real. Não basta que o adquirente, mesmo de boa-fé, esteja crente da existência do negócio jurídico; é imprescindível que ele tenha realmente existido. O direito brasileiro não admite o justo título putativo. Como esclarece Collin et Capitan, o título putativo “só existe na mente do possuidor (putare — pensar)”, exemplificando a hipótese do possuidor que recebera um bem em legado e ingressa na posse ignorando que posteriormente o testamento fora revogado. Outra hipótese seria a do possuidor que acredita que o seu mandatário comprara o imóvel por ele solicitado (citados por Antonio Alves do Prado Filho, in: *Do justo título na usucapião ordinária no direito brasileiro*, dissertação de mestrado apresentada na UFP, não publicada, p. 79).

Orlando Gomes refere que “não basta, pois, que o adquirente tenha a convicção de que adquiriu mediante justo título. É preciso que o título tenha existência real. Do contrário, esse elemento seria absorvido pela boa-fé”⁵⁴.

V. CONCLUSÕES

1. Diversamente do que ocorre em sistemas jurídicos estrangeiros, no direito brasileiro, por ausência de conceito legal, doutrina e jurisprudên-

52. Lenine Nequete, ob. cit., p. 138.

53. Antonio Macedo de Campos. *Teoria e prática da usucapião*, Saraiva, São Paulo, 1982, p. 117.

54. Orlando Gomes, ob. cit., p. 153.

cia estão liberadas para construir o conceito mais adequado à nossa realidade social.

2. O conceito de justo título é autônomo em relação ao de boa-fé, constituindo ambos requisitos distintos da usucapião ordinária.

3. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sem embargo de hipóteses já pacificadas (venda *a non domino* e incapacidade para alienar, por exemplo) não há uniformidade de entendimento quanto à caracterização do justo título.

4. Não são somente os casos de venda *a non domino*, e de incapacidade para dispor dos direitos, que caracterizam no direito brasileiro, o justo título.

5. Nos casos de nulidade relativa ou anulabilidade e mesmo em algumas hipóteses de nulidade absoluta, como no caso de vício de forma, o título pode ser considerado justo.

6. O compromisso de compra e venda pode caracterizar justo título, para os efeitos da usucapião ordinária.

7. Para que o título possa ser considerado justo é prescindível que esteja averbado no registro imobiliário.

8. Como conclusão final, parece-nos adequada a percepção de Nelson Luiz Pinto: “Podemos constatar não mais atender à nossa realidade social, a mais rígida das posições, segundo a qual o justo título só existe naquelas raras hipóteses de ato translativo hábil em tese, e revestido de todas as formalidades legais, inclusive a transcrição. Neste caso, então, com vistas a interpretar a lei em função da realidade social em determinado lugar e em determinada época, não são laços com o passado, nem as legislações e doutrinas alienígenas que devem impedir a adequação dos institutos jurídicos aos anseios da sociedade, principalmente em face das condições peculiares de nosso país que enfrenta hoje problemas ligados à terra e à propriedade diferente daqueles que existiam há 50 anos atrás e do que ocorre nos países de cuja legislação civil nos servimos freqüentemente para inspirar a elaboração de nossas leis, e comparativamente, para interpretá-las”⁵⁵.

55. Nelson Luiz Pinto, ob. cit., p. 118, 119.

SINCRETISMO JURÍDICO OU MERA ESQUIZOFRENIA? A LÓGICA JUDICIAL DA EXCLUDÊNCIA E A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA

*Roberto Kant de Lima**

1. Apresentação: A Problemática

Reflexões sobre os dados colhidos em pesquisas que realizei sobre o sistema judiciário e acadêmico brasileiro e dos Estados Unidos da América desde 1982 permitem afirmar que o sistema judicial brasileiro reflete uma esquizofrenia resultante das conseqüências, em nossa identidade cultural, de uma particular relação que desenvolvemos com nossa herança colonial portuguesa e, mais recentemente, com o imperialismo econômico e cultural da Europa e dos Estados Unidos da América¹.

* Mestre e Doutor em Direito. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política/ICHF/Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ.

1. As pesquisas de campo foram realizadas principalmente nas cidades do Rio de Janeiro e de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro. Recursos para a realização das referidas pesquisas foram concedidos, no Brasil, pelo CNPq e Universidade Federal Fluminense. No exterior, foram realizadas em San Francisco, Califórnia e Birmingham, Alabama, EUA, com recursos da CAPES, Comissão Fulbright e do USIS. Agradeço a colaboração de meus colegas Dr. George Bisharat e Francisco Ferraz, e dos advogados Jandyr Fróes Filho, Paulo Cesar Braga de Macedo e Augusto Thompson durante a pesquisa e ao Prof. Horácio

Ultimamente já se identificou e discutiu sociologicamente a convivência, surpreendentemente legítima entre nós, de sistemas de organização econômica, social, religiosa, jurídica e política tidos teoricamente como contraditórios, porque fundados em princípios opostos. Um, de hierarquias excludentes, onde a desigualdade de seus componentes — as pessoas — é pressuposta e os diferentes segmentos da sociedade são distintos, mas complementares, tendo suas identidades relacionadas a grupos com direitos e deveres que se aplicam particularizadamente: homens e mulheres, nativos e imigrantes, trabalhadores braçais e trabalhadores intelectuais, etc. Outro, de hierarquias includentes, onde o pressuposto é a igualdade formal dos indivíduos diferentes, mas com *direitos* iguais e, logo, a todos, igualmente acessíveis de maneira universal (Da Matta, 1979, 1987, 1987a; Kant de Lima, 1985, 1989, 1990, 1992, 1993, 1994).

Esta esdrúxula convivência torna-se responsável, no Brasil, pela *legitimidade* da existência concomitante, em nosso cotidiano, de pelo menos dois sistemas éticos disponíveis a que devemos, alternada e sucessivamente, aderir, conforme o “caso”. Este fato é responsável por uma fórmula jurídico-político-social também esdrúxula, responsável pela administração de conflitos em nossa sociedade. Refiro-me à convivência de pelo menos dois sistemas racionais de administração de conflitos cujos princípios organizadores são, também, considerados contraditórios: um, da negociação sistemática, o outro, da suspeição sistemática.

Decorre destes fatos que profissionais do direito, no Brasil, estão, cotidianamente, submetidos a diferentes sistemas de regras legais e judiciais. No entanto, isto não é percebido e discutido desta maneira pelos agentes das ações judiciais. É lógico que todos se apercebem de que, para colocar “o” sistema em funcionamento é preciso não só conhecer as regras explicitadas nos manuais de doutrina, nos códigos e na constituição¹, mas também conhecer outro conjunto de regras, não escritas mas nem por isso menos oficiais. Assim, sua prática profissional, inclusive o “ofício de advogado”, requer outras habilidades e conhecimen-

Wanderlei Rodrigues a oportunidade de apresentar reflexões preliminares em seus cursos na UFSC e o convite para escrever o texto e publicá-lo neste livro.

2. Estes, aliás, nem sempre compatíveis, como facilmente se exemplifica com as gritantes contradições entre a legislação constitucional e a processual penal (Kant de Lima, 1990).

tos, que se constituem em verdadeiro “saber”, implícito mas essencial ao bom exercício de suas atividades e/ou para a vitória de seus pleitos. Refiro-me àquela parte da advocacia que se constitui na prática propriamente “judiciária”, presente nas relações entre advogados e juízes, promotores e serventuários da justiça, com os seus conseqüentes reflexos na forma como se estruturam as relações entre advogados e clientes.

Entre outras práticas, ressaltam aquelas referentes à troca de favores e distribuição de propinas, à participação privilegiada em malhas de relações cuja afiliação é exclusiva e particularizada, à técnica de fazer acordos quanto à obediência, ou não, de prazos e ao cumprimento estrito, ou não, das disposições processuais legais de todos conhecidas. Esse conjunto de práticas, freqüentemente rotulado como indesejável, é unanimemente considerado como indispensável ao bom exercício dos profissionais do direito no Estado do Rio de Janeiro.

Por serem práticas diuturnas, mas oficiosas, não são passíveis de comprovação, escapando, assim, à formalidade das prestações de contas. Contribuem, portanto, para uma imagem ambígua dos advogados e do judiciário junto aos seus clientes e/ou usuários do sistema. Não podendo apresentar recibos de suas despesas, os advogados são obrigados a solicitar que seus clientes paguem essas importâncias “em confiança”, justificando essa lógica com os rótulos confortáveis do “jeitinho” ou da “corrupção” alheia, os quais se reafirmam, então, como a única forma de relacionamento possível com o poder público em nosso país. Isto, como todos sabemos, implicitamente nos condena a ser, ativa e passivamente, agentes ou cúmplices de inevitável e cotidiana prática de contravenções e de crimes, mesmo quando, paradoxalmente, desejamos promover a aplicação da lei e realizar, na prática, nossos estremecidos ideais de justiça. Como poderemos exigir, sem culpa, nem remorso, a punição de outros que se utilizaram de expedientes semelhantes?

Usualmente, a responsabilidade por estes aspectos menos transparentes do judiciário são atribuídos a um *mau* funcionamento do sistema ocasionado por permanente carência de recursos ou pelo também *mau* comportamento de alguns de seus funcionários, distribuídos, com irritante ubiquidade, por todos os escalões do sistema. Tais características, quando vêm a lume, são em geral explicadas como *sobrevivências* do sistema implantado pelo Estado Colonial Português, onde os serviços públicos eram exercidos através de concessões cuja cobrança visava remunerar aqueles que tivessem o privilégio de possuí-las, e os impos-

tos cobrados por um Estado exator nada tinham a ver com uma contra-prestação em serviços definidos para os contribuintes, mas com o sustento do estamento encarregado do trabalho do governo, complemento necessário da sociedade e sem o qual ela não poderia existir.

Ora, o conceito de *sobrevivência* está inevitavelmente atrelado às teorias do evolucionismo unilinear do século XIX, como traço oriundo de “estágios” anteriores e necessários de um processo uniforme de desenvolvimento social, político e econômico, pelo qual todas as sociedades deveriam passar. Estas idéias, como se sabe, ainda estão presentes em muitos de nossos manuais de doutrina jurídica e, de forma ainda mais explícita, em nosso senso comum, que insiste em classificar as sociedades em “primitivas” e “civilizadas”³. Tais teorias, no entanto, no âmbito das ciências sociais, foram há muito descartadas como etnocêntricas e preconceituosas (Boas, 1940 (1896); Lévi-Strauss, 1960).

Uma análise das sucessivas propostas de utilização do método comparativo em Antropologia mostra como se desenvolveu esta discussão. Como se comprovou inútil reduzir as diferenças entre as sociedades a algum esquema predeterminado, que as explicasse em relação a alguns pontos em comum, usualmente situados em referência a uma sucessão de fatos historicamente excepcionais, passou-se a considerar tais diferenças não só como integrantes das culturas, mas também como absolutamente necessárias para caracterizá-las como humanas. Assim, a diferença, não a semelhança entre elas, passou a ser o ponto de referência para compreendê-las, formulando-se a explicação sociológica a partir da comparação entre suas categorias e aquelas dos antropólogos, em um nível superior da compreensão de ambas (Dumont, 1974; Geertz, 1978).

Assim é que, do ponto de vista antropológico, *tudo* o que existe em uma sociedade tem significado atual para seus membros. A mesma instituição pode mudar de significado de acordo com o contexto social e histórico, mas não perde sua função de aglutinadora de significados. Não há, nesse contexto, lugar para sobrevivências ou apêndices imprestáveis que se recusam à compreensão. Devemos compreender as culturas como elas são, não como queríamos que elas fossem.

3. Para discussão mais pormenorizada desta questão, ver Kant de Lima, 1983.

A comparação por contraste entre as categorias judiciárias, portanto, deverá lançar luz sobre os fenômenos a que estão referidas. Devemos explicitar suas diferenças, não insistir em suas semelhanças, para melhor compreendê-las. Por exemplo, as relações de correspondência e contigüidade entre as categorias *public* e *universal* e entre *private* e *particular* não podem ser automaticamente transpostas para o português, em uma tradução literal. Em inglês, a categoria *public* designa, na teoria e no senso comum, um espaço construído e delimitado de comum acordo por um contrato, entre aqueles que se propõem a ocupá-lo, sempre de acordo com certas regras explícitas de utilização, válidas *universalmente*, da mesma maneira, para todos os envolvidos. Como se vê, em nada se assemelha à categoria *público* em português, que se refere a bens de propriedade do Estado, de sua apropriação e acesso *particular*, concedido apenas àqueles poucos que para isso obtêm permissão.

Assim, embora estejamos, todos, teoricamente imbuídos da clarividência em que se fundam os princípios legais e constitucionais da igualdade das partes processuais e da isonomia da lei, características das tradições individualistas e igualitárias, agimos, em nosso cotidiano, tentando provar que nós e nossos clientes somos “pessoas de qualidade”, não “indivíduos”, “elementos” ou “meros cidadãos” e, por isso, somos oficialmente dignos de nos beneficiarmos de privilégios como o da “prisão especial” e das “competências por privilégio de função”, que são, na verdade, privilégios de foro de julgamento “em razão da pessoa”, *ratione personae* (Magalhães Noronha, 1979: 326). Quer dizer, se não oficial, pelo menos oficiosamente, *pessoas* são merecedoras de um certo tratamento especial, que explicitará a todos, inclusive ao sistema judiciário, a sua condição — privilegiada — de “cidadãos plenos”, diferente daquele dado aos “indivíduos” ou “meros cidadãos”.

Vê-se que, no Brasil, a teoria processual, que enfatiza a igualdade de todos perante a lei e a sua aplicação indiferenciada é obrigada a realizar-se por sobre uma rede de princípios que prevêm a desigualdade das partes e a particularização da aplicação da lei. Assim, os litigantes, identificados legalmente, aliás, como “pessoas físicas” ou “pessoas jurídicas”, estão sempre competindo pela excepcionalidade, não pela universalidade da aplicação da lei. Os princípios que orientam o sistema judiciário, portanto, contrariam os princípios que orientam a prática processual. Para entender tais paradoxos é necessário tratá-los como tal, não aceitando explicações que se limitem a atribuir suas cau-

sas a carências, ausências ou defeitos pontualmente localizados em sua organização e funcionamento. É necessário entendê-los como um sistema de significados complexos que, como tal, tem eficácia na manutenção e organização, de uma determinada maneira, das relações em sociedade.

2. Hierarquias Excludentes e Hierarquias Includentes: A Constituição da Ordem em uma Perspectiva Comparada

Para melhor compreender e explicitar as nuances deste sistema esquizofrênico e apreender a lógica de seu funcionamento, mostraremos a seguir como diferentes sociedades podem enfatizar distintas concepções de ordem pública e social e associá-las a distintos mecanismos vistos como eficientes para sua manutenção e reprodução, bem como para emprestar significados diferentes às categorias que os organizam conceitualmente e aos conflitos que administram.

Inicialmente, caracterizarei dois modelos de ordem pública e social, associando-os a também dois modelos de administração de conflitos. Evidentemente que, na prática, podem-se encontrar outros modelos ou, mesmo, combinações de elementos destes. Também, tais modelos podem ser diferentemente enfatizados em diferentes sociedades, mas, para que funcionem a contento, deveriam manter, de alguma forma, coerência entre suas propostas e suas práticas⁴.

Em uma dessas concepções de ordem — a das hierarquias excludentes — a idéia de conflito aparece, em primeiro lugar, como uma desarrumação da ordem, como um princípio de desordem, que põe em risco a totalidade da estrutura social, concebida aqui como um sólido edifício de arcabouço previamente dado, com um rol de componentes

4. Para uma discussão de como tais modelos podem ser associados à sociedade brasileira e aos Estados Unidos da América, ver Kant de Lima, 1994a. Para comparações entre a ordem social dos Estados Unidos e da Índia e do Brasil e Estados Unidos ver, respectivamente, Dumont, 1974 e Da Matta, 1979, 1987a. Agradeço ao Prof. Francisco Ferraz, do Depto. de Ciência Política da UFF, comentários que permitiram esclarecer melhor esta seção, em especial, as distinções entre hierarquias includentes e excludentes.

diferentes e desiguais, mas fixos e complementares. A diferença é associada à idéia de posições “natural” e inevitavelmente desiguais existentes na estrutura social: essa estrutura, para ser mantida, depende da manutenção de tal desigualdade, da mesma relação entre as diferenças. A resolução do conflito não é a solução das desigualdades que incomodam, mas a sua manutenção, ordenadamente. A idéia de igualdade é associada à semelhança dos pares; a de diferença, à de desigualdade substantiva entre as pessoas. A fórmula para administrar o conflito é ou a conciliação ou a punição das partes nele envolvidas.

Em uma outra — a das hierarquias includentes — o significado do conflito, ao contrário, é o de pressuposto necessário da ordem social. Como a sociedade se imagina como constituída de elementos substancialmente diferentes, mas formalmente iguais e, portanto, opostos, móveis e intercambiáveis em inúmeras combinações possíveis — os chamados “indivíduos” (individuais) — os conflitos de interesses são absolutamente inevitáveis, quase naturais. A resolução dos conflitos é a construção de uma nova ordem que elimina as desigualdades, mantendo as diferenças. A diferença, aqui, é associada à idéia de igualdade formal, ao direito de ser diferente. Para resumir:

Dois Modelos de Ordem Pública e Social

I — Hierarquias Excludentes:

Holismo (o todo engloba as partes, é maior do que elas; as partes dependem do todo);

Hierarquia (diferença associada à desigualdade);

Complementaridade (as diferenças não se opõem);

Igualdade = Semelhança.

II — Hierarquias Includentes:

Individualismo (o todo é o resultado da soma das partes; o todo depende das partes);

Igualitarismo (diferença associada à igualdade);

Oposição (as diferenças se opõem);

Igualdade = Diferença.

No Modelo II, os conflitos são representados como resultado de

choques entre pontos de vista diferentes de “indivíduos” iguais, entre “partes iguais”, que se *opõem*, por definição; ao contrário, no Modelo I, em uma sociedade constituída de “pessoas” diferentes, entre partes desiguais, conflitos são a explicitação dessa diferença formal, e os diferentes pontos de vista são pensados como reflexo não da diferença inevitável entre os indivíduos, mas como explicitação de inconformismo diante das diferenças “naturais” entre os distintos segmentos em que se estrutura a sociedade. Diferenças essas que deveriam, em princípio, *complementar-se*, e não, *opor-se*, ficando latentes para que a ordem social seja possível: “cada macaco no seu galho”.

Em sociedades onde vigora predominantemente o Modelo II, como aquelas de tradição anglo-americana, a “negotiation”, “bargain” (barganha) — e, às vezes, a “adjudication” (arbitragem) — são formas privilegiadas para resolver conflitos — e não a conciliação ou o julgamento. Primeiro se explicitam os interesses divergentes que originaram o conflito e então se decide consensualmente, entre partes iguais, que se *opõem*, qual é a ordem que melhor serve, para sua resolução: essa é a fórmula *adversarial*.

Numa sociedade onde vigora o Modelo I, como por exemplo, era o caso da Europa Continental e, em particular, do Reino de Portugal, a hierarquia depende da harmonia e a regra é que as partes são, em princípio, desiguais e complementares (senhores e servos, nobres e plebeus, etc). Trata-se, aqui, privilegiadamente, não de resolver, mas de prevenir e/ou extinguir conflitos. A conciliação — que abafa o conflito — ou o julgamento, que restaura, obrigatoriamente, a “mesma” ordem, pela descoberta racional de uma “interpretação verdadeira” são formas que compensam a desigualdade que reconhecem existir, por definição, na sociedade, entre camadas diferentes que identificam pessoas diferentes. Faz-se justiça sem alterar tal desigualdade, considerada como inevitável e estrutural na sociedade.

Assim, as diferenças são mantidas em seu devido lugar, sem que ninguém perca sua “honra”, cujo código particular continua a reger as relações entre os semelhantes. O julgamento — ou a conciliação — não explicitam, necessariamente, qual é essa ordem, mas reafirmam-na, considerando as diferenças como inevitáveis e administradas pelo princípio da complementaridade, que ordena o sistema como um todo. A este formato substantivo que está acima e além das partes, todos devem se submeter, para que a ordem do todo seja mantida: essa é a fórmula da

“inquisitorialidade”.

Modelos de Administração de Conflitos

I — Hierarquias Excludentes: Holismo, Hierarquia, Complementaridade

Ênfase na descoberta da verdade;

Solução de conflitos pela compensação das desigualdades e reafirmação da mesma ordem para administrá-las;

Inquisitorialidade — conflito permanece implícito, a ordem explicita a desigualdade entre diferentes;

Conciliação: antes da explicitação do conflito, para evitá-lo/abafá-lo (acordo); ou Julgamento, após, para exterminá-lo pela “interpretação verdadeira” (sentença).

II — Hierarquias Includentes: Individualismo, Igualitarismo, Oposição

Ênfase na construção da verdade entre iguais que se opõem;

Solução de conflitos pela anulação das desigualdades e construção de uma nova ordem para administrá-las;

Adversariedade — o conflito é explícito, a ordem enfatiza a igualdade entre diferentes;

Mediation, Negotiation, Adjudication: sempre após a explicitação do conflito, para solucioná-lo por consenso das partes (dispute settlement) ou da sociedade (conflict resolution: plea bargain ou adjudication/verdict);

No Modelo I os conflitos são administrados de fora, por quem detém um saber privilegiado; no Modelo II, por pessoas de dentro, que detém um saber partilhado. A relação entre saber e hierarquia, portanto, é distinta nos dois casos. Também diferirão as relações entre os elementos que compõem este processo de produção de verdades judiciais, pois haverá diferentes tipos de hierarquia entre eles. No modelo I, trata-se de uma hierarquia excludente, composta de partes desiguais e complementares. Cada instituição componente do sistema tem um peso diferente, o qual contamina sua participação no processo como um todo. Acima de todos, no cume, está o juiz, ou o Estado, que é, em última análise, responsável pela sentença, pela enunciação da verdade. No Modelo II, trata-se de uma hierarquia includente: as partes no processo

são iguais, mas se opõem. Será desta oposição, desse confronto, que a verdade — o verdict — emergirá, sob a supervisão do Estado.

Assim também algumas considerações podem ser feitas quanto ao significado da *negotiation* e da *negociação* em cada um dos modelos de administração da justiça. No Modelo II, a negociação é um instrumento de explicitação de conflitos que mostra os defeitos da antiga ordem estabelecida e promove sua reformulação. Ao propor tal alteração, a negociação propicia que objetos de extremo valor, considerados tradicionalmente como propriedade não apenas de indivíduos, mas concebidos como pertencentes a grupos, verdadeiros signos de *status* de segmentos sociais — direitos, dignidades ou privilégios — passem à propriedade de outros segmentos, que se tornarão seus legítimos possuidores através deste processo.

Tal transferência, legítima em uma ordem social aberta (correspondente ao Modelo II), que se propõe emergir de conflitos entre indivíduos iguais (partes) portadores de interesses e propriedades distintos, é ilegítima em uma ordem social que se representa composta de segmentos limitados, como a do Modelo I. É então percebida muito mais como usurpação, pois tais objetos são vistos como se fôssem os mesmos, raridades, portanto, à maneira dos cristais do caleidoscópio, os quais apenas se transfeririam de mãos (Kant de Lima, 1993 a)⁵.

Ora, a hipótese que desejo demonstrar é a de que, assim como no Brasil temos a convivência paradoxal dos Modelos I e II de ordem pública e social, verdadeiro “dilema”, já apontado por Da Matta como sendo parte de nosso *ethos* cultural, também temos a convivência paradoxal dos dois Modelos processuais de administração de conflitos acima descritos sinteticamente. Resta aprofundar, inicialmente, suas dis-

5. Segue-se que as circunstâncias em que se negocia, o clima das negociações, a relação entre as práticas e os resultados das mesmas, serão provavelmente muito distintos nos dois modelos descritos. Tal constatação, como se viu, não é mera curiosidade lingüística, pois ao explicitar uma diferente regra de causalidade entre meios e fins das negociações, abre espaço para que se possa entender por que o uso de práticas como, por exemplo, a “negociação” e a “greve”, tradicionalmente, têm usos e significados diferentes no Brasil, dificultando o entendimento de nossas formas de resolução de conflitos e, conseqüentemente, inviabilizando ou alterando a aplicação de fórmulas de *negotiation* já testadas em outros países para resolver nossos conflitos.

tintas características para depois discutirmos seus reflexos em nosso sistema judiciário propriamente dito.

3. O Método Comparativo Aplicado às Tradições Processuais no Ocidente: Os Significados Políticos e Sociais da Acusatoriedade e da Inquisitorialidade⁶

Para explicitar e exemplificar os significados de tais modelos judiciais, tomarei, inicialmente, duas grandes fórmulas ocidentais de formação de consenso pela produção de verdades, presentes nas instituições judiciárias: aquele do *inquérito* e aquele do *trial by jury*⁷. Utilizarei literatura jurídica especializada, mas descrevendo como as culturas jurídicas justificam a existência e a eficácia dos respectivos sistemas para seus agentes.

A seguir, descreverei, também com os mesmos propósitos metodológicos, uma terceira versão destas fórmulas, derivada do *inquérito*, denominada *inquirição*, seguindo as definições de processualistas brasileiros consagrados (Mendes Júnior, 1920; Mendes de Almeida, 1973). Cada um desses modelos tem princípios distintos que os orientam e produzem efeitos também diversos nos agentes que a eles estão submetidos, seja ativa, seja passivamente, durante o processo de resolução de conflitos e produção de verdades.

O trabalho de comparar tais modelos não tem sido fácil. Por uma série de circunstâncias, inclusive a precariedade da pesquisa empírica comparativa neste domínio, algumas vezes seus componentes são traduzidos literalmente, pelo simples fato de terem alguns de seus aspectos sido considerados como semelhantes ou, pelo contrário, considerados inconciliáveis por terem sido tomados como irredutíveis e incomparáveis. De qualquer forma, tal comparação acaba por torná-los absolutamente

6. Para discussão mais aprofundada desses sistemas, ver Kant de Lima, 1992.

7. Ou, respectivamente, de *inquérito* e de *exame*, como os denominou Foucault (1974, 1977, 1979, 1983). Maiores esclarecimentos sobre o desenvolvimento dos argumentos desta seção podem ser encontrados em Kant de Lima, 1993: 61-71.

opacos. Isto tem ocorrido, respectivamente, tanto com trabalhos de cientistas políticos como de juristas de ambas as tradições. Tentativas de compará-los são, freqüentemente, etnocêntricas, tentando demonstrar a superioridade de um sistema sobre o outro (por exemplo, Merryman, 1969; Rodrigues, 1991). Meu propósito aqui, como já frisei, é praticar uma comparação por contraste dos sistemas, em uma perspectiva antropológica, que permita visualizá-los em seus próprios contextos, que ultrapasse seus limites e aponte correspondências significativas entre suas categorias (Dumont, 1974; Geertz, 1983).

Para estabelecer tais diferenças e semelhanças é necessário entender, inicialmente, que todos estes sistemas alegam ser fórmulas “racionais” para solução de conflitos e produção de verdades e que todas reivindicam uma origem comum na tradição do *inquest*, uma instituição eclesiástica destinada originalmente a produzir informações censitárias sobre as propriedades da Igreja, através da formulação de perguntas a serem obrigatoriamente respondidas. Estas formas, que gradativamente se afirmaram na Europa sobre os “sistemas de provas” — *legal proofs* — tornaram-se, finalmente, a base do monopólio do Estado na resolução de conflitos, especialmente na área criminal. Deste instituto afirmam as tradições jurídicas haverem derivado três grandes fórmulas para a solução racional de conflitos: o *trial by jury*, o inquérito e a inquirição (Berman, 1983; Mendes Júnior, 1920).

De maneira sucinta, o *jury* se constitui num sistema em que se quer estabelecer a culpa de um acusado que, por não admiti-la, insiste em ser levado diante de árbitros leigos, pois sua inocência é presumida e o Estado é que deve “tentar” provar publicamente sua culpa: “*trial*” by *jury*. Os jurados, os árbitros escolhidos de comum acordo entre defesa e acusação para atuarem naquele caso determinado, nada devem saber sobre os fatos, não devem ter participado de sua investigação e, teoricamente, não devem ter preconceitos explícitos contra o acusado. Assistem a sua exposição em uma sessão contínua, a que o acusado (*defendant*) está presente com sua defesa, que produz elementos para serem adicionados ao processo, de acordo com certas regras. Todos os depoimentos e arrazoados são feitos oralmente e registrados por escrito, literal e taquigraficamente, nos *records*. Documentos, após serem examinados pelo Juiz e pelas partes, podem ser anexados. *Tudo* o que for dito ou apreciado deve ser verdade e todos são passíveis de responsabilidade civil e penal em caso de comprovarem-se falsidades de declarações

e testemunhos (*perjury*). É por isso que o *defendant* tem o direito de permanecer calado. Este sistema é rotulado de *adversário* (adversarial).

Uma vez iniciado, o julgamento pode ser interrompido a qualquer tempo, se o *defendant* resolve negociar sua culpa e a acusação, sua pena. Esta negociação é legal e conta com a ativa participação do juiz. Se isto não chega a bom termo, após assistirem a esta sessão, reúnem-se os jurados em uma sala, sozinhos, e discutem e negociam a sua decisão — que às vezes tem que ser obrigatoriamente unânime, como em casos de aplicação da pena de morte em alguns Estados dos EUA — sobre a culpabilidade, ou não, do acusado, frente aos fatos expostos e às leis do lugar, anteriormente explicadas pelo juiz. Este se comporta como um árbitro, não interferindo durante o julgamento senão para esclarecer e fazer cumprir as regras do jogo. O *jury system* pressupõe uma igualdade entre julgadores e acusados, seja substantiva, de pares — como em uma sociedade aristocrática — seja formal, aquela de cidadãos distintos com iguais direitos a sua diferença, em uma sociedade republicana. Esta decisão é definitiva, tem caráter terminal — *final* — sobre os conflitos, e está em vigor na Grã-Bretanha desde o início do século XIX e nos Estados Unidos, desde o início do século XX, embora com variações locais significativas.

Já o *inquérito* é um procedimento escrito, cuja instauração é de iniciativa do Estado, para “descobrir a verdade”, e em que é obrigatória a notificação inicial do acusado de sua existência e da natureza das acusações, para que se defenda. Por isso é chamado de *acusatorial* ou *contraditório*. Uma vez instaurado, só pode terminar por uma sentença ou em julgamento. As investigações são conduzidas por diferentes agentes e adicionadas ao processo, depoimentos são registrados e laudos periciais e outras provas anexados. Ao final de um certo prazo, o juiz examina tais registros e profere uma sentença, em que tem que justificar *sua* interpretação da verdade, expressa em uma decisão racional e legalmente fundada no conteúdo das leis e dos registros (autos). Este é o sistema em vigor nos países da *civil law tradition*, depois da Revolução Francesa e, em especial, na Europa Continental.

Finalmente, a *inquirição* é um outro procedimento oficial, às vezes dito “preliminar”, às vezes até mesmo “não judicial”, que consiste em uma iniciativa do Estado a ser tomada quando, sabedor da provável existência de um delito, começa a reunir indícios para “apurar” a ver-

dade sobre sua existência e autoria, a fim de responsabilizar os culpados. Assim, as investigações para “apurar a verdade dos fatos” são conduzidas em sigilo, sem o conhecimento dos envolvidos, nem mesmo do suspeito. Não há contraditório porque não há acusação: portanto, é propriamente dito *inquisitorial*. Terminadas tais investigações, o suspeito é interrogado e “convidado” a confessar. Havendo fortes e suficientes indícios de autoria, inicia-se um processo ou inquérito judicial propriamente dito, onde, evidentemente, a culpa já está presumida (onde há fumaça há fogo...). Neste inquérito judicial serão reproduzidos todos os atos e as etapas da inquirição, e outros mais se acrescentarão, diante do juiz, do promotor e do advogado do réu.

A inquirição pressupõe uma sociedade de desiguais, em que há diferentes sistemas de regras que, inclusive, podem suscitar interpretações distintas e prejuízos diferenciados à honra das partes. O Estado, assim, se coloca como guardião da justiça e responsável direto pela *compensação* desta desigualdade estrutural, de antemão reconhecida, encarregando-se de dirimir os conflitos através de um pré-julgamento, seja entre pares, seja entre os distintos segmentos da sociedade. A igualdade, aqui, é sempre substantiva.

Segundo a tradição jurídica brasileira, a inquirição segue o modelo da *inquisitio* canônica e foi instituída em Portugal, desde o século XIV, para apuração de crimes ou tentativas de crimes de morte devido à associação existente naquela cultura jurídica entre crime e pecado. Posteriormente, tais procedimentos se aplicaram a outros delitos, até serem lá abolidos, em 1821 (Mendes Jr., 1920).

No Brasil, tal procedimento está presente oficial e legalmente, até hoje, nos inquéritos policiais, instituídos oficialmente desde 1871, e que precedem a esmagadora maioria de nossos inquéritos judiciais, os quais, teórica, legal e constitucionalmente, deveriam pautar-se inteiramente pelo acima referido modelo acusatório do inquérito⁸.

8. Em nosso sistema, portanto, na prática, a culpa e não a inocência é presumida, pois o inquérito policial, legalmente definido como um procedimento inquisitorial — como, aliás, todos os nossos inquéritos administrativos — é anexado como parte integrante dos autos do inquérito judicial, iniciando com a sua própria numeração a sequência das demais “peças”, “a folhas tantas”. Torna-se, assim, implicitamente, elemento de convicção do juiz: “entranhado nos autos”, e não meramente “apensado” a eles, segundo a expressão técnica. Os dados que nele constam informam a “denúncia” do promotor. A “oitiva” de testemunhas, assim,

Como vimos, as opções feitas pelas tradições jurídicas entre tais sistemas de solução de conflitos têm suas justificativas nas distintas representações enfatizadas por elas sobre a ordem pública e social. O *trial by system* está vinculado a uma representação jurídico-política da ordem pública como o resultado da resolução de conflitos, seja pelo acordo ou barganha — *negotiation, bargain* — seja pela construção ritualizada, dialógica e coletiva, em um processo público — ao menos para aqueles que a constroem — de uma verdade consensual — *o verdict* — que obriga aqueles que participaram do processo de sua construção, ou que concordaram em submeter-se às suas fórmulas. Ou seja, a ordem social funda-se em uma idéia contratualista da vida social, em que o Estado — ou *government*, como se denomina nos Estados Unidos — é um mal necessário, diante da impossibilidade de viverem os cidadãos em harmonia espontânea na sociedade, devido à divergência de seus interesses, necessariamente conflitantes. Como se sabe, toda a mitológica fundamentação do sistema judicial anglo-americano do *jury* se encontra na necessidade de proteger os cidadãos contra o Estado (Dawson, 1960; Devlin, 1966).

O direito a um julgamento pelos pares, segundo as regras vigentes no local, para evitar eventuais perseguições reais, constituiu-se, nesta cultura jurídico-política, desde a *Carta Magna* e o *Bill of Rights*, em um artifício para resolver o problema da justiça na resolução de conflitos diante de uma sociedade aristocrática, onde a aplicação da lei não é universal, pois há pessoas com direitos diferentes. Nos Estados Unidos, uma sociedade republicana, igualitária, democrática e individualista, o *trial by jury* se constituiu no *direito* último de todo e qualquer cidadão de ter as acusações contra ele arbitradas por seus confrades cidadãos quando, tendo sido acusado, não admitir sua culpa. Este sistema, por-

pode levar ao pedido de seu indiciamento pelo delegado. O assim “indiciado” no inquérito policial é logo promovido a “réu” no inquérito judicial, em uma escala progressiva de presunção de sua culpa. A dogmática jurídica permite este artifício ao considerar o inquérito policial como de natureza administrativa, portanto, não-judicial: não há acusação formal, portanto não precisa haver defesa. Aliás, ela até pode atrapalhar, pois “quem não deve não teme”: logo, não precisa de advogado. Acrescente-se a isso o fato de que no Brasil, os acusados podem mentir impunemente em causa própria, havendo o crime de falso testemunho, apenas — e, portanto, não o de *perjury* — para as declarações das testemunhas.

tanto, é uma opção que o acusado tem e, evidentemente, se funda na presunção da sua não culpabilidade, de sua “inocência”.

Nos Estados Unidos, entretanto, só vão a julgamento, neste sistema, dez por cento, aproximadamente, dos casos processados pela polícia e pela promotoria (District Attorney, D. A.). Esses são os casos em que os acusados (*defendants*) se declaram *not guilty* até o último momento, exigindo o cumprimento de seu direito de serem julgados pelo *jury*, diante da insistência da promotoria em processá-los porque acha que pode provar sua culpa, que tem um *case*. Todos os demais são objeto de negociação — *plea bargaining* — a qual, como disse, envolve juízes, advogados de defesa e D. As. A culpa, portanto, não é atribuída pela suposta “descoberta” da verdade, mas é “negociada” entre as partes.

Na maioria das vezes, quando a promotoria insiste que tem um *case*, que pode ter sucesso em obter um veredito contra o acusado, este acaba por admitir uma culpa menor para livrar-se de uma acusação maior. Nesta negociação, do ponto de vista da promotoria, pesam, de um lado, as evidências (*evidence*) que a promotoria conseguiu reunir e, de outro, as despesas públicas e o risco político de perder o processo com um julgamento; do ponto de vista do acusado, pesam sua situação financeira para pagar a fiança e esperar o julgamento em liberdade, as condições da sentença e das possibilidades de cumprir a pena em liberdade (*sursis*) ou a expectativa de liberdade condicional que lhe são oferecidas e os riscos de perder o processo, sendo punido mais severamente do que na barganha oferecida.

Ora, na Europa Continental, a independência dos poderes preconizada por Montesquieu é levada às suas últimas conseqüências. A proteção contra o abuso do “Rei”, pelo menos depois da Revolução Francesa, não foi transferida aos pares em um procedimento judicial, mas à legitimidade do processo eleitoral — que elege os representantes do povo — o Poder Legislativo — que produz leis isentas e justas. Tribunais e juízes foram considerados suspeitos de incompetência, conivência com o Rei ou corrupção. A lei, na tradição da *civil law*, é um conjunto de códigos, textos cifrados de autoria de conhecidos juristas e que devem ser interpretados pelos juízes, quando solicitados a aplicá-los. Apenas o legislativo faz a lei, que deve ser hipotética, deve prever situações em que deve ser aplicada, para impedir o arbítrio do judiciário suspeito. A este, cabe apenas aplicá-la, ao executivo, executá-la.

Por outro lado, o sistema do *jury* não se mostrou adequado às repre-

sentenças da cultura jurídica européia, hierárquica e elitista, sobre a administração da justiça. O sistema que prevaleceu foi aquele do inquérito, em que não se procura construir, dialogicamente, uma verdade consensual, com a comunidade, e a ser submetida a ela, mas se busca descobrir “a” verdade, ou formular “a” interpretação verdadeira, construída com a competência profissional, argúcia e inteligência dos juízes, que se encarregam de restaurar a harmonia e a ordem⁹.

No caso português, no período colonial, as proibições de convívio com os locais nas colônias, as instituições dos “juízes de fora” e das “inquirições-devassas” periódicas — as “janeirinhas”, por exemplo, espécies de “visitações” feitas pela magistratura secular, todos os meses de janeiro, para informar-se de *prováveis* delitos — são exemplo dessa tentativa de produção de ordem social pela manutenção do *statu quo ante* através da vigilância permanente para resolução prévia do conflito ou pelo indispensável e inegociável julgamento que o puna ou elimine definitivamente (Schwartz, 1979; Mendes de Almeida Júnior, 1920). De preferência, por um juiz isento, alguém não comprometido com os interesses locais, que aplica, pela sua particularização e interpretação, um direito também externo e desvinculado das circunstâncias e da localidade, bem distinto da aplicação universal, por arbitragem, a todos os moradores, das leis e costumes locais, praticados na *common law tradition* pelo *jury*, para dar o seu veredito e “fazer lei” da tradição jurídica anglo-americana.

Além disso, na inquirição se procede, obrigatoriamente, para uma apuração “responsável e rigorosa” dos fatos, a investigações prelimi-

9. No Brasil, inclusive, diz-se do processo penal (Exposição de Motivos do atual Código, de 1941) que deve descobrir a “verdade real”, por contraste à “verdade formal” do processo civil, que só conhece o que é trazido aos autos pelas partes. No processo penal “tudo” pode entrar nos autos, inclusive elementos trazidos pelo próprio juiz, “ex-officio”. Este também tudo deve examinar, para formar seu “livre convencimento”. Não há, portanto, como no *trial by jury system*, as *exclusionary rules*, um sistema de produção de provas que termine por hierarquizá-las ao final dos procedimentos — *evidence, fact, proof* — mas tudo, literalmente, que está nos autos, inclusive as informações do inquérito policial inquisitorialmente conduzido, laudos contraditórios de peritos, indícios de procedência suspeita, confusas declarações de terceiros (*hearsaying*), inteiramente irrelevantes, podem ser levados em consideração, com igual *status*, para fundamentar a decisão do juiz.

nares e sigilosas, que terminam por fornecer aos inquiridores elementos para o interrogatório do acusado *antes de lhe serem conhecidas as acusações*, diferentemente do modelo do inquérito ou *enquête*. Como já mencionei, a justificativa desta instituição se encontra exatamente no desejo de evitar-se que conflitos entre partes desiguais se tornem públicos, atingindo injustamente reputações ou permitindo abuso de poder por parte dos poderosos acusados contra impotentes acusadores (Mendes de Almeida Júnior, 1920). Assim, este é um instrumento pelo qual o Estado se arvora em última garantia da ordem social, concebida como hierárquica e complementar, pois aos resultados dessa investigação preliminar se subordinam as iniciativas judiciais que lhe podem suceder, ou não, de acordo com os “fatos apurados”. Por outro lado, todos os súditos ou cidadãos estão sistematicamente sob suspeita, até prova em contrário, pois sua “culpa” é potencial e pode estar, sempre, em processo de “formação”.

Este procedimento é exatamente idêntico àquele da *inquisitio* canônica. Por este procedimento, ainda em vigor no direito processual penal canônico, após o conhecimento do ilícito pela autoridade e a consequente apuração de que há “indícios” de culpa, chama-se o acusado, interroga-se sobre os fatos já apurados sem o seu conhecimento e, finalmente, se convida o mesmo a confessar. Se o delito é leve e o acusado confessa, pode ser dada apenas uma repreensão. Se o delito é grave, ou se o acusado — de quem, agora, se presume a culpa pelos “indícios” colhidos na investigação preliminar — não confessa, inicia-se o processo judicial propriamente dito, que poderá apenas findar com um julgamento.

Quer dizer, em uma tradição, ibérico-católica, o conflito se constitui em uma desarrumação da ordem social, a ser evitada a qualquer custo, a não ser em casos de delitos muito graves, os quais, como os pecados na tradição católica, quando descobertos, de acordo com sua gravidade, devem ser obrigatoriamente punidos pela penitência, repreensão e condenação e purgados pela confissão e consequente absolvição, para garantir a estabilidade da ordem social preexistente. As formas de reprodução e manutenção da ordem, além desse julgamento exemplar dos infratores, devem consistir em conciliar e repreender, abafando o conflito e não exacerbando-o (Carreteiro, 1990). Ora, tal representação da ordem em sociedade é exatamente oposta àquela da cultura individualística jurídica anglo-americana, fundada na oposição de iguais

e conseqüente negociação explícita da verdade e da culpa.

4. Complementaridade e Inquisitorialidade, Oposição e Acusatorialidade: A Tradição Judiciária da Punição e a Tradição Processual da Resolução de Conflitos no Brasil

Uma rápida consulta a nosso texto constitucional e aos nossos códigos processuais mostra que nosso processo judicial opera compatibilizando princípios contraditórios. Nossas tradições constitucionais republicanas se dizem laicas, individualistas e igualitárias, consagrando, inclusive, o direito de não incriminar-se previsto na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; assim, elas se chocam, aparentemente, com nossas tradições judiciais e judiciárias, eclesiásticas, holistas e hierárquicas. Esta forma híbrida, no entanto, não causa surpresa, pois vem juntar-se a inúmeros outros casos de “sincretismo”, presentes em nosso sistema de controle social, herdado do sistema de dominação colonial (Da Matta, 1979, 1987; Kant de Lima, 1991a).

Nossos juristas alegam que este é o melhor procedimento para incorporar o que de “melhor” há de instituições jurídicas em sistemas distintos. Assim, retraduzem-nas em nosso arcabouço jurídico em aparente intuito de adaptá-lo às “melhores versões” da modernidade. De fato, o que acontece é que nossas tradições judiciárias, coloniais e ibéricas, eclesiásticas e católicas, não são discutidas nem transformadas, mas simplesmente transferidas ao domínio de práticas implícitas por terem, mesmo, sua própria existência negada pelos juristas, com raras e honrosas exceções (por exemplo, Mendes de Almeida, 1973, Mendes de Almeida Júnior, 1920, Thompson, 1976). A maioria dos especialistas insiste em descrever nosso sistema judicial como liberal e leigo, quando não positivista e anticlerical, frisando, sempre sua atualidade, ora frente às tradições processuais européias continentais, pós-Revolução Francesa, ora frente às tradições constitucionais dos Estados Unidos da América.

Assim, estamos diante de um paradoxo que sistematicamente nos coloca a todos, como igualmente ineficientes e insuficientes, seja como usuários, seja como prestadores de serviços públicos, em especial na área do judiciário: nossa organização judiciária e burocrática é descrita

de uma forma, mas, na verdade, funciona de outra (Miranda, 1993). O efeito disto é que é impossível explicá-la em seus próprios termos, como em um “sistema judicial qualquer, pois suas partes não “encaixam”. É como se estivéssemos lidando com vários jogos de quebra-cabeças ao invés de um, sem o sabermos. Não admira que os agentes do sistema estejam permanentemente na defensiva, tentando justificar supostos erros cometidos em atos que, se não estão de acordo com os princípios de um sistema, no entanto, são acertos de acordo com aqueles que orientam os outros sistemas processuais que estão concomitantemente em vigor, implícita ou explicitamente.

A existência de princípios pertencentes a mais de um sistema pode ser assim resumida:

(a) princípios que se revelam explicitamente na organização judiciária brasileira e que permanecem implícitos ou, quando explicitados, são considerados como exceções, “sobrevivências” de tradições passadas, ou idiossincrasias dos textos técnicos de direito processual penal; estes remetem a tradições portuguesas vigentes no Brasil Colônia; tais princípios eram adequados à organização de procedimentos de manutenção da ordem em uma sociedade colonial, monárquica, holista e católica. Pressupunha-se, assim, a desigualdade original de direitos entre os membros da sociedade e, portanto, das partes litigantes. Esta desigualdade deveria ser “compensada” pela intervenção constante e onipresente de um Estado que era concebido como se estivesse não só à margem, mas acima da sociedade, espécie de guardião de uma ordem natural ou divina, cuja harmonia deveria ser preservada e defendida a todo custo de quaisquer conflitos.

Esta posição estrutural do Estado implicava sólida e indiscutível autoridade interpretativa, atribuível a um conhecimento prévio e, portanto, de acesso particularizado e privilegiado, de todos os fatos, razões e intenções. Este conhecimento era considerado o “mais apto” a fazer surgir “a” verdade, em sua face mais crua e despojada. Os conflitos não deviam, portanto, ser solucionados ou resolvidos pela sua imediata explicitação pública, mas prévia e privadamente abafados ou conciliados; somente em último caso deveriam vir a público, para então serem exemplarmente exterminados, mediante a punição de todos os responsáveis por essa perturbação da ordem, sejam vítimas, sejam agressores ou meras partes envolvidas, a qual se considerava saciada e restabelecida através de um julgamento.

Suas características são, portanto, a exterioridade, a generalidade, a interpretação e a particularidade de sua aplicação. Um *juiz de fora*, designado pelo Rei, aplica uma norma geral, também de fora, a um caso, interpretando-o de maneira particular. A confissão obtida, preferencialmente, durante o procedimento da inquirição, é a “Rainha das Provas” e a única e melhor confirmação de que a “certeza jurídica” que orientou a formulação da sentença alcançou “a” verdade, acima de qualquer dúvida. O interrogatório do réu; o falso testemunho; a punição da auto-acusação; a prisão especial; os debates orais, mas não registrados por escrito e literalmente nos autos do júri; a ampla defesa; o inquérito policial; os procedimentos ex-offício do juiz; a inexistência de uma hierarquia explícita de provas; a competência por privilégio de função; são alguns dos institutos penais e processuais penais associados a estes princípios. A fiança em contratos de aluguel; os procedimentos cartoriais referentes ao registro de propriedade e de pessoas, público e civil, são exemplos de instituições civis também vinculadas a estes princípios (Miranda, 1993).

(b) princípios explícitos, que remetem às tradições do inquérito judicial, originários da Europa Continental, costumeiramente exemplificados como assemelhados às instituições processuais da Itália, da Alemanha e/ou da França. Frequentemente, aliás, alega-se que todo o processo está baseado neles e o “princípio do contraditório” é seu carro chefe. A construção da verdade aqui é inquisitiva, mas pública e dialógica, terminando, no entanto, o processo, por uma sentença do magistrado. Esse princípio dá aos magistrados, não ao Estado, o privilégio do saber. Considera-se incompatível com instituições como aquelas existentes no *jury*. Le Bon, Sighele, Tarde e outros autores são claros em associar a idéia do júri à “psicologia das multidões”, alegando que uma decisão solitária de um homem inteligente jamais poderia ser suplantada pela média das decisões de cidadãos de vários graus de instrução e clarividência. No máximo, aceita-se cortes mistas, compostas de magistrados e leigos, como nos *escabinados* (por exemplo, Sighele, 1954).

(c) princípios também explícitos, difundidos no discurso jurídico-político “liberal”, que podiam ser claramente “localizados” nos textos constitucionais e que remetem à tradição dos Estados Unidos da América, de igualitarismo e individualismo, em que a igualdade das partes nos litígios e a isonomia da lei (aplicação universal das normas) eram pressupostos essenciais da construção de uma ordem democrática. Aqui,

os conflitos eram vistos como elementos essenciais à geração de uma ordem consensual; sua resolução pela negociação, portanto, era necessária à manutenção daquela. Neste sistema não existe um julgamento propriamente dito (*judgement*), mas situações de demonstrações de fatos, as quais devem ser consensualmente — e muitas vezes, unanimemente — construídas, responsabilizando todos aqueles que fizeram parte do processo de sua construção. Suas características são, portanto, a literalidade e a univocidade, a universalidade e sua limitação ao grupo que foi escolhido para construí-la, inclusive os adversários que a procuraram. Um grupo de *árbitros de dentro*, escolhidos pelas partes, é responsável coletivamente por uma decisão formulada além de uma dúvida razoável, em conjunto, literal e que se aplica universalmente a todos os envolvidos, mas somente naquele caso e naquele local (Kant de Lima, 1989, 1990, 1991, 1992).

É claro que tal dissonância abala seriamente as possibilidades de compreensão e explicitação coerente do funcionamento do sistema judicial, para não dizer do prejuízo evidente à legitimidade das profissões jurídicas e das instituições judiciárias. Em todo caso são, previsivelmente, comprometedoras da credibilidade pública do “sistema” como um todo por, no mínimo, dificultar sua percepção enquanto “um” sistema.

Pois, de um lado se afirmam os direitos de permanecerem os acusados calados para não se incriminarem, de prestarem declarações somente em juízo e na presença obrigatória de seu advogado, garantindo-se isonomia processual e legal, sob o princípio do contraditório, em todos os atos judiciais, enfatizando-se a necessidade da produção pública da prova e de acesso universal aos meios de demonstrá-la para a legitimação da descoberta da verdade; de outro, está em vigor a proibição da negociação, a imperiosidade de que todas as faltas descobertas gerem repreensão e/ou julgamento, a valorização da confissão como rainha das provas e confirmação do acerto da presunção de culpa, a utilização do interrogatório como uma técnica destinada a provocar a confissão e suscitar o arrependimento em quem, em princípio, não quer confessar e nem se arrependeu. Assim, fazer perguntas chamadas capciosas, que induzem o declarante em contradições, induzir as respostas, duvidar, sempre, do que se diz, é a regra de nossas práticas judiciárias. Em compensação, ao réu é permitido, legalmente, mentir em causa própria, constituindo-se em crime de falso testemunho apenas as de-

clarações falsas de testemunhas. Aqui, a “melhor” verdade é aquela produzida e acessada, privada e particularizadamente.

Tais contradições acabam por se revelar no próprio sistema de registro das informações. No Brasil, ao princípio da oralidade corresponde não a taquigrafia literal e obrigatória das palavras ditas e aceitas, obrigatoriamente “verdadeiras”¹⁰, mas a intermediação de juiz ou autoridade policial, que ditam as suas perguntas, as dos advogados e as dos promotores bem como as respostas dos inquiridos, aos escrivães, frequentemente, voluntária ou involuntariamente, “interpretando” as mesmas¹¹.

Esta heterogeneidade, no entanto, produz outras conseqüências, tanto na legitimação teórica como prática dos resultados do processo de produção da verdade judicial. Uma delas diz respeito aos efeitos que a relação de contigüidade entre hierarquia excludente e inquisitorialidade (quanto maior o *status*, maior o saber) têm em sua organização. O Estado, representado no inquérito judicial criminal tanto pelo juiz como pela autoridade policial, tem necessidade funcional de descobrir “a” verdade, para ser justo e para ser eficiente. Logo, todos os envolvidos precisam acreditar que “descobriram” a verdade. Em outros sistemas judi-

10. No Brasil, aliás, isto parece somente ser válido no domínio da contra-venção, onde, tradicionalmente, “vale o que está escrito”, nas apostas de “jogo do bicho”.

11. Tais diferenças se manifestam, dentro e fora dos tribunais, também nos respectivos estilos argumentativos. No Brasil, a escolástica, com seu duelo de teses que se opõem por inteiro nos júris, em debate não registrados em que só uma prevalecerá, contrasta com o estilo argumentativo norte-americano, onde a *discussion* sobre quais são os *facts* deve preceder os debates. Tais características são próprias não só da argumentação jurídica mas também da demonstração acadêmica, nos dois países. Apela-se no Brasil para a persuasão pela retórica e o oral sempre interpreta o escrito. Nos Estados Unidos, a opção, tanto jurídica como acadêmica, é pela literalidade, como se a retórica consistisse em falar como se escreve e não pudesse nem devesse seduzir, sob pena de dar pretexto a que se pense que o orador não possui fatos suficientes para sua demonstração. Se aqui o argumento de autoridade, que pessoaliza e hierarquiza a origem da citação, dá peso e importância diferenciados ao argumento, lá prevalece a autoridade do argumento, onde, magicamente, os fatos são considerados como que “naturalmente” auto-demonstráveis. Não se precisa também de muito para relacionar tais características à preferência e predominância de certas abordagens metodológicas e epistemológicas nas ciências sociais: no Brasil, claramente interpretativas; nos Estados Unidos, positivistas.

ciais, onde essa descoberta é formal, ou, mesmo, em nosso sistema civil, onde é deixada, teoricamente, ao cuidado das partes, tal produção se constitui em um processo de cooperação entre unidades distintas em torno de um objetivo comum.

Nosso sistema judiciário, entretanto, preso ao princípio da “verdade real”, “melhor” alcançável pelos métodos da *inquisitio*, privados e particularistas, mas obrigado pela modernidade a torná-los públicos e universalistas, criou um estratagema: hierarquizou, excludentemente, o processo de descoberta da verdade, dividindo-o em duas partes: inicia-se com um, inquisitorial, conduzido pelas autoridades e agentes policiais, funcionários do executivo, “delegados” do judiciário; concomitante ou sucessivamente acontece outro, dialógico, acusatorial, conduzido pelo juiz. Ora, isto caracteriza uma organização hierárquica de modelo excludente porque as partes são desiguais, mas complementares. A polícia ocupa o andar inferior do processo de conhecimento e o juiz ocupa o superior. No meio, promotores e advogados se movem para provar suas teses.

As consequências são terríveis: ao invés da cooperação forçada pela competição de opostos que deságua em uma decisão univocamente legitimada pelo juiz ou pelos árbitros, todas as partes conservam a “sua” parte da verdade, obtida, oficial e legitimamente, por meios diferentes e, portanto, calcadas em diferentes critérios de legitimação (às vezes inquisitorial e às vezes monológico, acusatorial e dialógico, por exemplo). Estas diferentes versões da verdade terminam por defrontar-se, acusando-se, então, mutuamente, pelo fracasso em atingir “uma” verdade, fonte de “uma” descoberta da interpretação verdadeira, “a verdade dos fatos”¹². Nenhuma alcança, portanto, interna ou externamente, legitimidade para afirmar-se sobre as outras. Responsabilizam-se, inclusive, os métodos de cada uma delas, oficialmente diferentes, pelo insucesso. A “verdade do juiz”, assim, é apenas formalmente superior e todos se eximem da responsabilidade que o “sistema”, como um todo, deveria ter na prestação jurisdicional: por exemplo, no Rio de Janeiro, às vezes, os juízes não condenam porque a polícia usa métodos de investigação inquisitorial, como a tortura judiciária, para produzir con-

12. Expressão, friso, intraduzível na língua inglesa, onde ou um fato é verdade (*truth*), ou não é fato (*fact*).

fissões; os promotores não acusam porque não encontram provas suficientes nos autos, além das confissões; e a polícia não prende porque o juiz e o promotor soltam “criminosos confessos”.

O mesmo fenômeno manifesta-se, embora diferentemente, no processo civil, pela abundância de recursos, contradição na interpretação de prazos e outros expedientes processuais. Cada segmento envolvido — incluídos aí os serventuários da justiça, fundamentais na movimentação do processo — disputa “a” interpretação verdadeira. Essa disputa, entretanto, pelas características hierárquicas do sistema, nem sempre se dá entre os juízos singulares e tribunais superiores. Como refere Rodrigues (1994), em virtude dos critérios de promoção da carreira da magistratura valorizarem positivamente juízes que não têm decisões reformadas por tribunais superiores, estes evitam inovar em suas sentenças para facilitarem sua ascensão.

Assim, essa “interpretação verdadeira” acaba por tornar-se uma interpretação tradicional de um determinado tribunal, “reconhecida” pela instância inferior. Quer dizer, de processo de conhecimento da “verdade”, passa-se a processo de re-conhecimento das versões consagradas da “verdade”, mais verdadeiras porque enunciadas pelo topo da hierarquia. Obviamente, para quem não detém esse conhecimento “jurisprudencial”, referido às condições internas da política da carreira da magistratura, “a” interpretação verdadeira carece de racionalidade e sua imprevisibilidade formal é expressa no adágio de que “de bunda de neném e de cabeça de juiz, ninguém pode prever o que vai sair”. Quer dizer, a “irracionalidade” do *jury*, dos árbitros leigos¹³, é substituída neste sistema pela imprevisibilidade dos caminhos processuais e dos estratégias judiciais, que vão desde o suborno de serventuários ao domínio da arte de costurar processos e alterar o conteúdo dos autos, dominada por advogados experientes, como parte de seu treinamento profissional.

A categoria “chicaneiro”, pejorativa para aplicar-se aos advogados

13. É interessante notar que quando os sociólogos dos EUA tentaram descobrir — e, portanto, normalizar — os processos de formação de decisão dos jurados, foram impedidos pelos juristas, que os denunciaram publicamente e impediram a publicação dos resultados da pesquisa. Quer dizer, o “irracional” deve permanecer como tal, para o sistema ocupar com coerência e independência desejados o papel que lhe é reservado constitucionalmente (Kalven, 1976).

que utilizam meios ilícitos em suas causas, nada mais é do que a expressão da necessidade de certos limites em que a utilização destas estratégias devem manter-se, para não causar escândalo. Como resultado de acelerações ou de intermináveis procrastinações das prestações jurisdicionais, perde-se a credibilidade no sistema que, não decidindo tempestivamente de acordo com o interesse das partes, termina por punir, afinal, todas as partes envolvidas, sejam elas profissionais, testemunhas, autores ou “réus”¹⁴.

É lógico que esta peculiar organização influi no comportamento de seus agentes. Ao invés de terem sua identidade profissional definida pelo desempenho unívoco de determinados papéis, acabam por assimilar outros, seguindo a lógica da hierarquia, pela qual quem está no topo engloba todos os demais. Este é o caso, por exemplo, dos advogados e dos serventuários da justiça, que transformam, muitas vezes, meios em fins: os serventuários, colocando sua experiência e seu trabalho profissional, que deveriam estar apenas a serviço do judiciário, alternativa ou concomitante à disposição de uma ou das duas partes, advogando-lhes as causas junto aos juízes e promotores, mediante remuneração em forma pecuniária, ou não; os advogados, ao contrário, ao invés de se limitarem a *ad-vocare*, falarem do ponto de vista ou em lugar dos clientes, defendendo-lhes os particulares pontos de vista, metamorfoseiam-se em intermediários da justiça, passando a exercer, efetivamente, um papel além da sua competência funcional.

Assim, levando a suas últimas conseqüências o brocardo jurídico que reza “antes um mau acordo que uma boa demanda”, operam no sistema como “terceiras partes”, *conciliando* as causas, muitas vezes à revelia do desejo de seus clientes, expresso no mandato de que estão investidos. Procuram, muitas vezes em proveito próprio, evitar que se oficialize o conflito, cobrando seus honorários quando obtêm sucesso, ou não, a título de remuneração destes serviços “extra” que prestam às partes, explicitando práticas de uma certa “advocacia administrativo-

14. O *ethos* inquisitorial das práticas judiciárias cíveis se revela na utilização, na prática, pelos cartórios do Rio de Janeiro, das categorias próprias ao processo penal, de “autor” e “réu”, quando deveriam registrar apenas a categoria “parte”, como em inglês, onde são designadas pela categoria *plaintiff* e, não, pela categoria *defendant*, exclusiva do processo penal.

judiciária” em causa própria¹⁵. Disto nem os juízes escapam, atuando muitas vezes como intermediários entre clientes e advogados em nome da melhor realização da justiça, embora estejam, teoricamente, presos à necessidade de sustentar imparcialidade e neutralidade em sua atuação profissional. A valorização do saber privilegiado, particularizado, seu privilégio, justifica essas atitudes: afinal, quem sabe mais do que eles o que deve ou não ser feito?

Verifica-se, assim, que a representação que prevalece em nosso “sistema judiciário” é a de um todo complementar, composto por partes diferentes e desiguais e, não, aquela de um todo em que partes diferentes, mas iguais, se opõem para construir uma identidade comum. Há, portanto, por definição, uma divergência complementar entre partes desiguais, que aloca perspectivas legítima e necessariamente divergentes para caracterizá-lo como “sistema” judiciário ou judicial, propriamente dito. Em consequência, seus segmentos, assim, só podem pensar sua identidade como desigual e complementar à dos outros, permanecendo o sentido de “todo” fora do alcance das “partes”.

Quando a “modernização” do sistema impõe-lhe que não se funde mais em uma explícita hierarquia holística, que pressupõe estar o maior saber “naturalmente” em sua parte mais alta, abre-se uma disputa interminável, porque sem árbitro que a resolva. Esta disputa ficou evidente, recentemente, na formação e atuação dos “lobbies” encarregados de inscrever a isonomia salarial entre juízes, delegados, oficiais da polícia militar e promotores em nossa constituição. A disputa se tornou pública e sucederam-se as acusações entre os agentes na tentativa de responsabilizar uma das partes pela ineficácia do Judiciário como um todo. Como se, afinal, todos não fossem parte de um sistema judicial. A igualdade, mais uma vez, como nos sistemas hierárquicos, não é formal, mas se quer substantiva, entre pares semelhantes.

Isto fica evidente, por exemplo, quando se contrasta esse sistema com o *criminal justice system* dos Estados Unidos da América. Lá a *criminal justice* foi erigida, mesmo, em “saber” acadêmico especiali-

15. Como me lembrou o Prof. Castro Faria, colaboram assim, na manutenção da antiga tradição lusa, onde para demonstrar riqueza ou importância, as “pessoas” precisavam ter demandas, ficando claro que nessa sociedade hierarquizada a prestação jurisdicional do Estado não é para “qualquer um”. Este é um dos problemas do acesso à justiça no Brasil, discutido por Rodrigues (1994).

zado, que se acredita ser capaz de fornecer critérios científicos para a distribuição e hierarquização das funções entre as agências judiciais e para a investigação e descoberta de fatos¹⁶. Organizada formalmente em cursos universitários de mestrado e doutorado, veicula a idéia de sua aplicação através de um sistema articulado organicamente entre partes distintas, mas de igual peso. Assim, teoricamente, todas buscam a mais rápida e eficiente forma de resolução do conflito pela construção de uma verdade cujo maior mérito é o de ser aceita por todas as partes. A polícia e os D.As. (ministério público) de um lado, acusando, e de outro, a defesa, defendendo, sob a supervisão dos juizes, caminham opostas, mas juntas, para construir “uma” prestação jurisdicional, uma versão adversária (adversarial), mas consensual dos fatos e da culpa.

Estas distinções se inscrevem no espaço dos tribunais e na forma como os agentes atuam no sistema. No Brasil, promotores e juizes sentam-se lado a lado, com os escrivães, para descobrir a verdade contra a defesa que se situa ao lado. Quando há jurados, sentam-se em frente do réu, acima de quem se posiciona a defesa. Nos Estados Unidos da América, defesa e promotoria sentam-se lado a lado, em frente ao juiz, tendo de um lado, os árbitros (*jurors*) e, de outro, as testemunhas. O *defendant* senta-se ao lado de seus advogados.

O que acontece com os agentes é reflexo do que acontece com as instituições. Em nosso sistema hierárquico e complementar que, a não ser no espaço do tribunal, não se assume explicitamente como tal, nenhuma parte quer se subordinar à outra e, portanto, todas competem pela mais alta participação no sistema, pela “melhor” versão da verdade. Em decorrência, não há responsabilidade coletiva direta de sua participação no processo. De um lado, nenhuma das partes pode ser responsabilizada pelo fracasso do todo e, por outro lado, o todo depende, sempre, do funcionamento de partes que lhe são autônomas e nas quais, ao mesmo tempo, ninguém pode mandar. A verdade depende da versão que ganha, como nos debates escolásticos.

Ora, como se viu, nosso sistema também não simpatiza com a negociação, base da mediação de conflitos e de sua resolução. De forma idêntica a processos eclesiais para apuração de verdades, nosso sis-

16. À semelhança do que Foucault dizia ter acontecido com os saberes normalizadores extrajurídicos na Europa (1974, 1977). Só que no caso dos Estados Unidos, a “normalização” se deu no próprio âmbito jurídico.

tema processual penal leigo pressupõe a necessidade de purgar a simples presunção da existência do pecado com uma sentença que condene ou absolva. Isto impede a negociação, o acordo, uma vez iniciado o processo, porque inquisitorialmente já se colheram indícios da existência do delito, da intenção e da culpa do acusado.

A sentença do juiz se faz necessária para purificar a sociedade da mácula suspeitada. O mesmo ocorre com o veredito dos jurados brasileiros, em um julgamento que tem de júri apenas a semelhança do nome, pois nada tem a ver com o ritual acima descrito. O chamado Tribunal do Júri, no Brasil, não é um direito dos acusados, mas mais uma etapa obrigatória nos delitos contra a vida humana, que se acrescenta a este processo de inculpação gradativa, fugindo inteiramente de suas características originais. Além do mais, naquilo em que se assemelha ao *jury system*, em sua estrutura, obedece muito mais ao modelo inglês, elitista e monárquico, do que ao dos Estados Unidos da América, republicano, individualista e igualitário, como quer aparentar a tradição constitucional vigente, onde está previsto¹⁷. O sistema, claramente, está baseado na suspeita permanente e no prêmio moral à confissão — ou à delação — do pecado.

Não são outros os princípios que regem as relações de nossa polícia com seus informantes — em geral, também, infratores — que trocam privilégios, dinheiro e liberdade por informações. Enquanto os *snitches* nos Estados Unidos são legalmente pagos, recompensados com nova identidade e impunidade por sua parcela nas negociações com a polícia ou o D.A., constituindo-se seu anonimato parte essencial de sua função, espécie de espíões, no Brasil, os chamados “X-9” assimilam publicamente a identidade policial, praticando todos os atos que a autoridade

17. No Brasil, depois da Independência (1831), nosso primeiro código de processo do Império tomou o *jury* inglês como fórmula geral para o processo penal. Rapidamente, entretanto, tanto liberais como conservadores chegaram à conclusão unânime de que a instituição era muito “avançada” para o “povo” brasileiro, que não teria capacidade para desempenhar o papel de jurados, julgando seus pares (Flory, 1981). Em 1841 o modelo processual penal foi alterado e em 1871 definitivamente estabelecido, conjugando um inquérito judicial acusatorial, nos moldes aproximados da tradição européia continental, mas precedido de um inquérito policial inquisitorial, no modelo da “inquirição-devassa” portuguesa. Até hoje é esse o modelo que prevalece, em nosso último código, de 1941.

policia! pratica, confundindo-se com mais uma de suas instâncias oficio-sas que intermediam suas relações com a população: o que não se quer contar à polícia, com medo das consequências que este envolvimento pode trazer, pode-se contar ao X-9 que, assim, passa a ter suas próprias fontes de “verdade”¹⁸.

Ora, neste quadro, a parte assumidamente inferior é sempre a mais cotada, em cada caso, para pagar o preço da ineficácia do sistema como um todo em evitar punir e/ou solucionar conflitos. Como a polícia, no Brasil, é oficialmente a “parte de baixo” do sistema judiciário, constitui-se em seu “bode expiatório” natural. A ela, portanto, atribui-se oficialmente a função de negociadora por excelência da aplicação da lei em um sistema que proíbe, oficialmente, a dita negociação. Assim, quase tudo o que a polícia faz, portanto, não pode ser legal, e é rotulado como desvio ou corrupção de suas funções judiciárias, embora seja oficialmente legitimado pelo modelo judicial da *inquirição* (Kant de Lima, 1994).

Por exemplo, desde a própria presença dos envolvidos até a imposição da confissão e do arrependimento pela tortura, na polícia, tudo é proporcionalmente negociado com relação à identidade, *status* ou relações da pessoa ofendida e do ofensor, e ao crime cometido, como o era na tradição dos “tratos” do antigo processo inquisitorial português. Já nos Estados Unidos, diferentemente, a chamada brutalidade policial — *police brutality* — nada tem de negociadora ou instigadora de arrependimento ou de punição: ela é a expressão de nojo, desprezo, exclusão do corpo e do espírito do outro. Ela não quer converter, quer destruir o mal identificado. Assim como aos tribunais dos EUA não interessa a confissão ou o arrependimento, mas a capacidade de o Estado demonstrar a culpa e extrair um veredito muitas vezes unânime. Quanto ao acusado, pode a ele anuir, ou não, com sua *admission of guilt*. Mas esta, ao contrário da confissão, não implica automático arrependimento e, portanto, não lhe é equivalente. Ao sistema não interessa apurar se o acusado é “inocente” ou “culpado”, mas a maior ou menor possibilidade de controle a ser exercido sobre ele, que, certamente, op-

18. Isto tornou-se público, há pouco, pela divulgação de fotografia pela imprensa escrita do Rio de Janeiro em que um policial espanca um “suspeito” na delegacia. A autoridade responsável retrucou dizendo que a corporação não poderia ser responsabilizada pelo que ocorrera porque o referido elemento — um X-9 — não era dos quadros da polícia!

tou por ser criminoso e, por isso, deve perder parte de seus direitos de cidadania.

Obviamente que estes processos de negociação, no mínimo officiosa, no máximo ilegal, não se restringem à polícia. Informalmente, acordos são realizados, tanto no cível quanto no crime, sempre em nome de “acelerar” a prestação jurisdicional. Um júri pode durar dois dias ou duas horas e são freqüentes os casos em que defesa e acusação, sob o beneplácito do juiz, fazem os mesmos pedidos a perplexos jurados cuja expectativa é a de julgar um processo inspirado no princípio do “contraditório” que teria aí, aliás, a seu ver, sua única justificativa de existência. Também abundam nos tribunais os pedidos de clemência e perdão de réus e advogados a juízes e jurados, alegando-se o arrependimento do réu, que já teria sido punido pelo seu próprio sofrimento e não mereceria pena maior.

Isto tem conseqüências morais e legais: se a confissão e o arrependimento são bem-vindos no Brasil, a auto-acusação que deveria ser um expediente de negociação, semelhante ao *plea bargaining*, em que se confessa um pecado — ou crime — menor para livrar-se de ser processado por um pecado ou crime maior, aqui é punida como crime¹⁹. O problema moral é que as declarações — ou confissões — espontâneas se tornam suspeitas, e tudo o que se diz, potencialmente, pode ser usado no futuro, contra quem o disse, até mesmo em outras circunstâncias quaisquer, para “fornar sua culpa”. O discurso, portanto, deve ser persuasivo o bastante para escapar do crivo da desconfiança que desperta.

Por outro lado, da mesma forma que a confissão só é válida com o arrependimento, a mentira é esperada de quem é acusado, e não está arrependido. Afinal, quem iria se autodenunciar a não ser por insanidade ou sob tortura? Diferentemente do sistema anglo-americano, em que todos são responsabilizados pela literalidade de suas palavras em um contexto específico e por isso, mentindo, cometem, igualmente, *perjury*. Em nosso sistema é legítimo e legal mentir em causa própria, pois quem, sendo acusado, cala, consente com a acusação, sendo o silêncio associado à culpa (Kant de Lima, 1990).²⁰

19. Mesmo assim, parece ter sido empregada no Brasil por acusados que pretendiam fugir da extremamente penosa e danosa trasladação do Brasil para o Tribunal da Inquisição português (Bosch, 1987).

20. Teoricamente, as testemunhas que mentem podem ser processadas por

A organização hierárquica e excludente do sistema de produção da verdade reflete-se, também, em uma organização interna hierárquica excludente das Polícias, tanto Militares como Judiciárias ou Cíveis. Como que para limpar a sua parte superior do rótulo de inferioridade que lhes impõe o sistema judiciário, todas se organizam em camadas quase estanques, havendo, teórica e praticamente, um fosso cultural e educacional entre os delegados (formados em direito) e os inspetores e detetives — a “tiragem” — e entre os oficiais (com instrução superior) e os praças — a “tropa” — à maneira da hierarquia de nossas Forças Armadas, que até hoje parecem seguir o modelo da Real Armada Britânica. Quando se sabe a importância que o sistema judiciário dá, no Brasil, à instrução superior como signo de *status* social, concedendo-lhe privilegiadas condições de defesa e de cumprimento de penas, percebe-se que esta divisão não é sem consequências, porque de novo divide o acesso ao conhecimento entre partes estanques, dentro da própria polícia: quem está “em baixo” sempre saberá coisas que o pessoal “de cima”, “os homens”, por definição, desconhecerão para sempre²¹.

A lógica da excludência também preside o acesso às carreiras da magistratura e do ministério público. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, apesar de haver muitas vagas e muitos candidatos para freqüentes concursos, pouquíssimas aprovações se verificam. Esse fenômeno é justificado, mais uma vez, pela carência e “mau” funcionamento dos cursos jurídicos. No entanto, nada de efetivo é realizado para alterar sua eficácia. Pelo contrário, criou-se uma Escola de Magistratura, espécie de “pré-vestibular” para candidatos a juizes. No fundo, a exigência de um “maior e melhor” saber por quem está no topo da hierarquia acaba por justificar a criação de outras instâncias intermediárias que particularizam cada vez mais o acesso ao saber.

Como resultado desse *ethos*, a excludência se faz representar nos concursos de acesso às carreiras do judiciário onde as famosas “per-

“falso testemunho”, mas isso, na prática, é muito difícil, pois a tolerância com a mentira tornou-se parte do sistema cultural, uma forma legítima de defender-se.

21. A organização interna da polícia dos EUA é também distinta, definindo-se, como as Forças Armadas daquele país, como uma hierarquia incluyente: o lugar da hierarquia de onde se começa a carreira não é impeditivo para o alcance dos postos superiores da organização. Todos podem ser chefes de polícia ou generais, independentemente de terem, ou não, instrução superior.

guntas de algibeira”, são tradicionalmente usadas, como nos tradicionais concursos do serviço público, para excluir os candidatos “de fora”. Quer dizer, os concursos são feitos para aprovar os candidatos que demonstram saber algo que os demais não sabem porque não lhe tiveram acesso, excluindo os que não dispõem dos meios de acesso a esse saber “esotérico”. Diferem, assim, de concursos includentes, que são feitos para aprovar e classificar os candidatos em função de sua maior ou menor capacidade de assimilar um conhecimento que está universalmente disponível, desde o início, a todos.

O Poder Judiciário, portanto, na teoria encarregado de promover a justiça através de um processo judicial fundado em princípios e categorias universalizantes, organiza-se, na prática, hierárquica e inquisitorialmente como um sistema onde a produção e a circulação do saber estão fundadas em princípios particularizantes. O acesso ao saber jurídico, a seu “bom” uso, é sigiloso e depende de relações pessoais. Neste sentido, socializa seus usuários, serventuários e demais profissionais que nele atuam em um processo de produção e circulação da verdade similar àquele da biblioteca do abade de que nos fala Umberto Eco em seu *O Nome da Rosa*²².

Socializados para valorizar positivamente formas particulares de acesso ao saber, assim como para utilizar o conteúdo de saberes secretamente adquiridos para legitimar seus pontos de vista, os profissionais do direito passam a encarar com “naturalidade” o difícil acesso à justiça, tratando como bens “raros”, bens simbólicos apenas “escassos”, que deveriam estar à disposição das escolhas dos interessados em um mercado cujo acesso fosse determinado por um *ethos* universalizante. Fenômeno, aliás, que também justifica a “naturalidade” com que a exclusão na sociedade é encarada em nosso país, seja do ponto de vista econômico e social, seja do ponto de vista político e jurídico (Kant de Lima, 1993a).

22. Neste sentido, deve-se notar que a cultura jurídica apenas enfatiza com mais veemência aspectos de um processo de produção e circulação de conhecimento também encontráveis em outros campos intelectuais bem como em outros cursos de nossas universidades. Estes se afiguram bastante distintos daqueles que regem as relações de ensino e poder em outras culturas acadêmicas e jurídicas (Kant de Lima, 1985; Rocha Pinto, 1993).

5. Excludência Implícita e Includência Explícita: Considerações Sobre o “Problema” da Modernização do Judiciário no Brasil

A organização judiciária brasileira, assim, apresenta-se constituída de partes desiguais e complementares. No topo, teoricamente, estariam os juízes, encarregados de dar a última palavra com a sua sentença, expressa à moda platônica. A disputa por esta posição de topo, no vértice da pirâmide do saber, é publicamente desencadeada quando se moderniza o sistema. Delegados e oficiais da polícia militar, promotores e procuradores, juízes e desembargadores fazem *lobbies* para conseguir isonomia salarial e a respectiva autonomia financeira de suas instituições, para atualizar, na prática, essa igualdade entre as funções. Entretanto, a disposição hierárquica destas funções, como se pertencessem a uma carreira única, em que no topo estão os juízes, se reflete, na prática, nas trajetórias profissionais individuais. Muitos juízes foram primeiro escrivães, comissários ou delegados, ou oficiais da polícia militar; depois promotores e, finalmente, juízes, como se a ascensão na carreira correspondesse a um necessário acúmulo de saber.

A segmentação da organização judiciária tornou-se essencial na teoria de constituição hierárquica e excludente das identidades profissionais individuais e organizacionais e vai-se refletir na composição do sistema judicial, com a conseqüente autonomia complementar de suas partes. Na verdade, não existe um “sistema” propriamente dito, mas uma composição divergente de perspectivas, necessariamente diferenciadas, que conformam o todo enquanto “sistema judicial”. Esta característica o marca de tal forma que todas as suas partes, que só podem pensar sua identidade por desigualdade complementar, sentem-se ameaçadas quando têm que pensar-se por oposição e igualdade, isonomicamente. Este é o caso, por exemplo, das relações de complementaridade e oposição que se estabelecem entre os juízes, os delegados e os promotores. A igualdade, mais uma vez, é formal, mas se quer substantiva.

O que acontece com os agentes é reflexo do que acontece com as instituições. Deste sistema hierárquico e complementar, onde as partes ora estão subordinadas umas às outras, ora não deveriam estar, nenhuma responsabilidade coletiva se extrai do sistema, pois, por um lado, nenhuma das partes pode ser responsabilizada pelo fracasso do todo e,

por outro lado, o todo depende, sempre, do funcionamento de segmentos que lhe são autônomos.

As tentativas de “modernização” do sistema, realizadas sem que se explicitem suas antigas origens e atuais práticas hierárquicas têm, portanto, efeito perverso: acaba-se a complementaridade da hierarquia entre os desiguais, que aplacava as diferenças, explicando-as como naturais, para instaurar uma competição pelo maior *status* de uma hierarquia que não está mais definida de antemão. Assim, esta competição não busca sua definição pela oposição entre funções distintas, mas iguais²³.

A impossibilidade de obter critérios universais para sua organização mergulha o sistema em uma crise de identidade que afeta sua legitimidade. A esquizofrenia processual, que congrega processos de administração de conflitos em modelos de ordem fundados em hierarquias includentes e em hierarquias excludentes, junta princípios distintos em enganosa conciliação, escondendo a perversidade deste sincretismo, que, ao não revelar suas oposições e contradições, mantém implícitas as condições em que se constituem as relações de poder.

É interessante observar que esta visão hierárquica envolvida em uma moldura igualitária e individualista não se esgota, no Brasil, na organização e representação internas ao Poder Judiciário, mas se estende a todos os campos em que é necessário estabelecer a verdade e/ou definir responsabilidades. Ultimamente, tem-se assistido a uma competição pública por eficiência entre os inquéritos judiciais, as comissões de inquérito do Poder Legislativo (CPLs) e as do Poder Executivo, cujas conclusões, muitas vezes conflitantes, acirram, mais do que resolvem, os conflitos na sociedade. Quando claramente contrastadas, como no recente julgamento do *impeachment* do Presidente Collor, “condenado” pelo Poder Legislativo e “absolvido” pelo Poder Judiciário, fica clara a competição entre as diferentes versões da verdade, obtidas por diferentes meios, todos legítimos nos seus respectivos e diferentes contextos, fundamento de sua definição enquanto “Poderes” particulares.

A opinião pública, no entanto, não consegue compreender essa ausên-

23. Aqui estou utilizando a distinção entre hierarquia — onde a desigualdade é natural — e estratificação — onde a desigualdade é fruto da competição pelo maior mérito, como em Dumont (1974).

cia de critérios universais em um regime republicano e democrático²⁴. Talvez por isso mesmo, tempos em que essa competição era melhor resolvida sejam ainda saudosamente lembrados. A representação da melhor convivência entre esses poderes, cuja competição explícita e equilibrada se instaura teórica e constitucionalmente no período republicano é, provavelmente, responsável pelo mito da “pax imperial”, vivido em um sistema em que o Imperador, no Brasil, detinha um “Poder Moderador”, capaz, de alguma maneira, de fornecer critérios personalistas, mas universalmente aceitos como legítimos para resolução de conflitos.

Recentemente realizou-se, inclusive, plebiscito em que a Monarquia disputou com a República e o Parlamentarismo com o Presidencialismo. Tudo funciona, assim, como se, não podendo viver sem este “tertius”, não conseguíssemos, entretanto, chegar a um consenso sobre “quem” deveria, legitimamente, exercer este papel. É assim que, quando a falta de legitimidade do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro chegou a um limite politicamente insuportável, houve um consenso entre a população para aplicar-se a tradição, chamando-se um “juiz de fora”. Este, no entanto, nem era juiz, nem era tanto de fora: as Forças Armadas, treinadas para atuar na ausência da lei, foram ali convocadas para intervir em assunto que obviamente não é de sua competência ou especialidade, como polícia e justiça civil.

Na verdade, o que ocorre é o atual funcionamento de um sistema judiciário que, não se regendo por nenhum princípio universal, acaba, entretanto, por deixar predominar em suas práticas o *ethos* tradicional da punição da explicitação de conflitos, não o da resolução de conflitos. Assim, fica caracterizada a atuação de um verdadeiro “direito processual alternativo”, implícito, que funciona sob outros princípios e atualiza outras práticas, radicalmente divergentes daquelas que estamos, teoricamente, implementando. Se não é este o sistema alternativo que

24. Sobre esta questão, veja-se noticiário da grande imprensa referente à absolvição do presidente Collor, em especial a Coluna do Castello do *Jornal do Brasil* de 13/12/94, em que Herbert de Souza expressa sua indignação contra o poder judiciário pedindo a eleição dos juizes do STF; no mesmo exemplar do jornal, Luís Fernando Veríssimo faz chacota das tradições jurídicas ibéricas, cujas razões e ritos são sempre impossíveis de compreensão pelos cidadãos comuns, mas sempre podem ser usadas contra eles.

desejamos, urge que dele nos apercebamos, para atuar eficientemente na busca de maior justiça para todos. Em uma sociedade em que convivem sistemas tão distintos de administração de conflitos, é necessário que explicitemos nossas relações com essas ordens de valores e com os princípios processuais que as atualizam, legitimamente, para que possamos aceitá-los como parte de nossa cultura e, eventualmente, transformá-los, ou não, de maneira consciente e eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMAN, Harold J.

1983 — *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge, Harvard University Press.

BOAS, Franz.

1940 — The Limitations of the Comparative Method of Anthropology (1896). In: Franz Boas, *Race, Language and Culture*. New York and London, The Free Press: 270-280.

BOSCHI, Caio.

1987 — As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia. In: *Revista Brasileira de História*, v. 7, nº 14, mar/ago.: 151-184.

CARRETEIRO, Rosane Oliveira.

1990 — Manutenção da Ordem Pública e Estratégias de Controle Social: O Ritual Canônico da Confissão. In: Roberto Kant de Lima (org.), *Religião, Direito e Sociedade: O Ritual da Confissão e a Tradição Inquisitorial no Brasil Republicano*. Niterói, Cadernos do ICHF nº 15, março: 25-48.

DA MATTA, Roberto.

1979 — Você Sabe com Quem Está Falando? In: Roberto da Matta, *Carnavais, Malandros e Heróis*. RJ, Zahar: 139-193.

1987 — Digressão: A Fábula das Três Raças, ou o Problema do Racismo à Brasileira. In: Roberto da Matta, *Relativizando*. RJ, Rocco: 58-87.

1987a — *A Casa e a Rua*. RJ, Guanabara.

DAWSON, John P.

1960 — *A History of Lay Judges*. Cambridge, Harvard University Press.

DEVLIN, Sir Patrick.

1966 — *Trial by Jury*. London, Stevens and Sons Limited. 3rd. Impression with Addendum.

DUMONT, Louis.

1974 — Casta, Racismo e "Estratificação". In: Neuma Aguiar (org.), *Hierarquias em Classes*. RJ, Zahar: 95-120.

FLORY, Thomas H. 1981 — Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871. *Social Control and Political Stability in the New State*. Austin, University of Texas Press.

FOUCAULT, Michel.

1974 — *A Verdade e as Formas Jurídicas*. RJ, PUC.

1977 — *Discipline and Punish*. The Birth of Prison. N. Y., Pantheon Books.

1979 — *The History of Sexuality*. Volume I: An Introduction. London, Allen Lane.

1983 — Afterword. In: *Dreyfus and Rabinow*, Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics. Chicago, University of Chicago Press, 2nd Ed.

GEERTZ, Clifford. 1978 — O Impacto do Conceito de Cultura sobre o Conceito de Homem. In: Clifford Geertz, *A Interpretação das Culturas*. RJ, Zahar: 45-66.

1983 — Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective. In: *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*. New York, Basic Books: 167-234.

GLUCKMAN, Max. 1963 — The Reasonable Man in Barotse Law. In: *Order and Rebellion in Tribal Africa*. N. Y., The Free Press of Glencoe: 178-206.

HYMAN, H. M. and TARRANT, C. M. 1975 — Aspects of American Trial Jury History. In: Rita James Simon (ed.), *The Jury System in America. A Critical Overview*. London and Beverly Hills, Sage Publications.

KALVEN, Jr. and ZEISEL, Hans. 1976 — *The American Jury*. Chicago, The University of Chicago Press. Phoenix Edition, Chicago and London, 2nd impression.

KANT DE LIMA, Roberto.

1983 — Por Uma Antropologia do Direito, no Brasil. In: Joaquim Falcão (org.), *Pesquisa Científica e Direito*. Recife, Editora Massangana/Instituto Joaquim Nabuco/CNPq: 89-116.

1985 — A Antropologia da Academia: *Quando os Índios Somos Nós*. Petrópolis, Vozes. Tradução revista e ampliada In: Arie Rip, David Hess and Linda Laine, *Knowledge and Society: The Anthropology of Science and Technology*. Hartford, Jai Press, 1992: 191-222);

1989 — Cultura Jurídica e Práticas Policiais: A Tradição Inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. ANPOCS, RJ, vol. 4, nº 10, junho: 65-84;

1990 — Constituição, Direitos Humanos e Processo Penal Inquisitorial: Quem Cala, Consente? In: *Dados, Revista de Ciências Sociais*. IUPERJ, RJ, vol. 33, nº 3: 471-480;

1991 — Ordem Pública e Pública Desordem: Modelos Processuais de Controle Social em uma Perspectiva Comparada (Inquérito e *Jury System*). In: *Anuário Antropológico/88*. Brasília, Editora Universidade de Brasília: 21-44;

1991a — Capoeira e Cidadania: Negritude e Identidade no Brasil Republicano. In: *Revista de Antropologia*, São Paulo, USP, nº 34: 143-182;

1992 — Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: Da Devassa ao Inquérito Policial. In: *Religião e Sociedade*, vol. 16/1-2:94-113;

1993 — Verdade ou Mentira? Uma Perspectiva Comparada do Processo (Brasil/EUA). *Revista de Direito Alternativo*, 2, São Paulo: 60-73.

1993a — Cultura do Desperdício ou Política de Opulência? Emílio Maciel

- Eigenher (org.), *Raízes do Desperdício*. RJ, ISER.
- 1994 — A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: Seus Dilemas e Paradoxos. Rio de Janeiro, Biblioteca da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Editora da PMERJ. Tradução de Otto Miller de "Legal Theory and Judicial Microfilms International" Ann Arbor. Edição comercial no prelo pela Forense/RJ, Janeiro de 1995.
- 1994a — Conciliação e Julgamento, *Negotiation e Trial*: A Produção da Ordem em Uma Perspectiva Comparada (Brasil/EUA). In: Giucci, Guillermo Giucci e Maurício Dias David (orgs.), Brasil-EUA. *Antigas e Novas Perspectivas sobre Sociedade e Cultura*. RJ, Leviatã.
- LÉVI-STRAUSS, Claude.
- 1960 — Raça e História. In: *Raça e Ciência*. São Paulo, Perspectiva.
- MAGALHÃES NORONHA, E.
- 1979 — *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 12ª edição.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto.
- 1973 — *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. 1920 — *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro, Typographia Baptista de Souza, 3ª edição aumentada, 2 vols.
- MERRYMAN, John Henry.
- 1969 — *The Civil Law Tradition*. Stanford, Stanford University Press.
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de.
- 1993 — Cartórios: Onde o Público Tem Registro. In: Roberto Kant de Lima (org.) *Do Cartório à Academia, Da Religião à Burocracia*. Niterói, Cadernos do ICHF, nº 58, julho: 1-21.
- MOORE, Sally Falk. 1977 — Political Meetings and the Simulation of Unanimity: Kilimanjaro 1973. In: Sally F. Moore and Barbara G. Myerhoff (eds.), *Secular Ritual*. Assen/Amsterdam, The Netherlands, Van Gorcum: 151-172.
- PARRY, L. A. 1975 — *The History of Torture in England*. Montclair, New Jersey, Patterson Smith. Reprinted from 1934, first publication.
- ROCHA PINTO, Paulo Gabriel Hilu. 1993 — O Cotidiano do Saber: Um Estudo Antropológico das Práticas Acadêmicas. In: Roberto Kant de Lima (org.) *Do Cartório à Academia, Da Religião à Burocracia*. Niterói, "Cadernos do ICHF" nº 58, julho: 22-59.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. 1991 — *Direito e Política. Os Direitos Humanos no Brasil e nos Estados Unidos*. RJ, Civilização Brasileira, 2ª edição.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. 1994 — *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo, Editora Acadêmica.
- SCHWARTZ, Stuart B. 1979 — *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo, Perspectiva.
- SIGHELE, Scipio. 1954 — *A Multidão Criminosa. Ensaio de Psicologia Coletiva*. RJ, Organização Simões.
- THOMPSON, Augusto F. G. 1976 — *Esboço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.

Capítulo 12

PRINCÍPIO IGUALIZADOR

*Rui Portanova**

“ A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades” (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda nº 1, de 1969, t. IV, p. 689).

INTRODUÇÃO

Ao princípio da igualdade é imanente um sentido tão dinâmico que pode ser chamado de princípio igualizador.

O ser humano, talvez inutilmente, sempre se atormentou com o proble-

* Juiz de Direito em Porto Alegre e Professor na UFRGS.

ma da desigualdade social, bem como com a necessidade de criar critérios que os igualem.

Em Jó (34,11) e na Carta de São Paulo a Timóteo (4,14) vê-se a busca de igualização na referência bíblica ao pagamento “segundo suas obras”: “Isto quer dizer que os iguais em ações e meios terão recompensas e penas iguais, e os desiguais nisso, evidentemente, receberão penas e castigos diferentes (Apocalipse 20,12).

Costuma-se atribuir a Aristóteles a máxima “igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. A idéia grega de igualdade aceitava como natural as desigualdades. E assim justificava a escravidão. Logo é diferente da igualdade atual.

Pode-se retirar uma idéia de igualização no que pretendia Ulpiano quando dizia: *jus sempre quarendum est aequabile neque enim aliter esset* (no direito se deve buscar sempre a igualdade, pois de outro modo não haveria direito).

O feudalismo rejeita a igualdade e contra isto o modernismo fez revoluções liberais e burguesas centradas no trinômio liberdade, igualdade e fraternidade.

Como ensina Elival da Silva Ramos, o princípio da isonomia surge para “banir do plano jurídico-formal as normas consagradoras de privilégios, típicos do feudalismo, fundadas em discriminações de índole social, totalmente arbitrárias, ou seja, irracionais, de natureza consuetudinária”. O surgimento da preocupação com a igualdade não se deve a preocupação de igualar riquezas e meios de sobrevivências (1990, p.53).

Contudo, os adeptos do Liberalismo adotaram o conceito idealista de igualdade abstrata, puramente racional e apriorística entre os seres humanos. Bastava a possibilidade formal dos indivíduos serem titulares do direito de igualdade e não a efetiva possibilidade de sua fruição. O princípio de todos iguais perante a lei significava que nem o juiz nem o administrador poderiam criar distinções desprovidas de respaldo legal. Em suma, contentava-se com igualdade de todos os cidadãos no plano formal.

Por isto, a igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno da liberdade obscureceu a luta pela igualdade. José Afonso da Silva justifica: a igualdade constitui o signo fundamental da democracia e como tal não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra.

E arremata:

“Por isto é que a burguesia, cõscia de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa” (1992, p. 193).

A liberdade, ensina Calamandrei, tornou-se a liberdade dos ricos de acumularem riquezas cada vez mais incalculáveis, privilégio dos nascidos ricos de continuarem sendo ricos e, assim, criarem monopólios capitalistas, não menos tirânicos do que aqueles que haviam sido no “antigo regime” e que a Revolução Francesa havia destruído.

Assim :

“ as liberdades políticas se converteram em liberdades burguesas, ou seja, na liberdade dos ricos de explorarem os pobres ...” (citado por Mauro Cappelletti, 1974, p. 115).

Hoje o princípio da igualdade é pilar democrático e formulação básica do Estado de Direito, mas as democracias não se contentam com as concepções idealistas do princípio da igualdade. Já não satisfazem o mero reconhecimento formal de direitos, que , de fato, são inatingíveis para a grande massa trabalhadora.

No direito o princípio isonômico tem dupla aplicação: teórica, como repulsa a privilégios injustificados; e prática — como igualizador — ajudando na diminuição dos efeitos das desigualdades reveladas no caso concreto.

A igualdade, desta forma, passou a fazer a ponte entre o direito e a realidade que lhe é subjacente. A justiça distributiva, prevista por Aristóteles, passou a ser acatada, seguindo a proporção que os desiguais passam a ser tratados desigualmente, mas com o sentido de diminuir as desigualdades que colocam em risco a dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade está previsto já no preâmbulo da Constituição Federal e no caput do artigo 5º. Logo, trata-se de norma supra constitucional, eis que princípio, direito e garantia fundamental do cidadão, outras normas constitucionais devem obediência ao princípio em estudo.

A doutrina costuma alertar que o princípio dirige-se a todos os poderes do Estado e que sua efetiva aplicação impõe o reconhecimento das desigualdades e sua igualização. Só existe igualdade jurídica na medida em que a capacidade de direito é a mesma para todos, nas relações de ordem privada, e, na maioria das vezes, também no que diz respeito à

, ordem pública (Beviláqua, 1943 p. 45).

Por todos, vale a lição de José Afonso de Silva:

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais (1992, p. 195).

Assim, nos limites do presente trabalho veremos como o conteúdo do princípio reconhece a desigualdade e caminha no sentido dinâmico da igualização (primeira parte) e o rumo que a teoria do processo civil vem seguindo no acolhimento do princípio como igualizador (segunda parte).

PRIMEIRA PARTE

Da igualdade à igualização

Costuma-se dividir as visões doutrinárias a respeito do princípio da isonomia em três espécies.

A visão nominalista do princípio admite a existência de desigualdades, posto que natural. Entendem que as desigualdades sociais são características do universo. A igualdade é um simples nome. Quem pensa assim acaba justificando todo o tipo de privilégio de nascimento e de fortuna. Do outro lado, uma visão *idealista* postula um igualitarismo absoluto entre os homens. Costumam remontar ao estado de natureza primitivo dos seres humanos onde reinava a igualdade absoluta. Por fim, uma posição chamada *realista* reconhece as desigualdades humanas em múltiplos aspectos, mas identifica em essência igualdades. Ambas, igualdades essenciais e desigualdades fenomênicas devem ser respeitadas.

O princípio da igualdade pode ser considerado sob dois aspectos: *formal e material*.

Quem acolhe a igualdade formal dá-se por satisfeito com a pura identidade de direitos e deveres outorgados pelos textos legais aos membros da comunidade. Já quem considera a igualdade do ponto de vista material tem em conta as condições concretas debaixo das quais, *hic et nunc*, se exercem os direitos e se cumprem os deveres. Entende-se, assim, por igualdade material a equiparação de todos os seres humanos no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.

José Carlos Barbosa Moreira, escrevendo em espanhol, refere como tem sido ilusório ao longo da história uma igualdade in abstracto. Por isto, o objetivo de promover a igualdade material tem-se servido exatamente da derrogação imposta pela igualdade formal. Isto se vê evidente em muitas normas destinadas a proteger certos interesses de pessoas, que por causa da raiz de sua inferior posição econômica ou social, correm o risco de sofrer um tratamento injusto. E exemplifica com os trabalhadores e os inquilinos.

E conclui :

“La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación de esquemas puramente formales”.

A afirmação do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão cunhou uma igualdade formal no plano político. Esta tinha um caráter puramente negativo, qual seja, abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Era uma reação necessária contra as desigualdades oriundas do regime feudal.

Contudo, esse tipo de igualdade gerou desigualdades econômicas, porque oriunda da burguesia e fundada numa visão individualista do homem.

A aplicação do princípio isonômico supõe que os indivíduos estejam numa situação fática, real e concreta de igualdade. Assim, diante da desigualdade entre os destinatários da norma impõe-se promover certa igualização. Por isto, a interpretação do princípio tem que levar em conta: de um lado que há desigualdades; de outro, as injustiças causadas por tal situação.

A própria Constituição Federal brasileira em diversos dispositivos busca promover a igualização dos indivíduos quando reforça o princípio da igualdade com muitas outras e outorga direitos sociais substanciais. O destaque maior da busca constitucional de igualização dos desiguais é o inciso III do artigo 3º o qual refere com objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Enfim, são dispositivos constitucionais que, por um lado representam promessas legislativas de busca da igualdade material e, por outro lado, mostram a necessidade da conscientização de que promover-se a igualdade é — muitas vezes — levar em consideração as particularidades que desigualam os indivíduos.

Como se vê, o tratamento jurídico do princípio da igualdade não se coaduna com uma idéia formalista e ingenuamente neutra de ver o direi-

to. Induvidosamente, a boa aplicação do princípio em exame exige o entrelaçamento de elementos jurídicos e metajurídicos, a fim de que não se caia num idealismo que obstaculize a sua implementação.

Não é difícil constatar: o princípio jurídico da igualdade ou da isonomia é um princípio dinâmico. Melhor se diria ao denominá-lo princípio igualizador. Ou seja, não se trata de uma determinação constitucional estática que se acomoda na fórmula abstrata “todos iguais perante a lei”. Pelo contrário, a razão de existir de tal princípio é propiciar condições para que se busque realizar pelo menos certa igualização das condições desiguais. É que, havendo, induvidosamente, desigualdades, a lei abstrata e impessoal que incida em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça. Como diz José Afonso da Silva, citando Mauro Cappelletti, está bem claro hoje que tratar como igual a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça. O emérito constitucionalista não esquece que “os pobres têm acesso muito precário à justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados” (1992, p. 200).

Em resumo, não se pode dar guarida a uma visão tradicional e formalista da igualdade que esquece, absurdamente, as diferenças entre os indivíduos, acabando por confundir o princípio da igualdade com o princípio da legalidade.

Convenhamos, é rematada ilusão pensar-se a igualdade só no plano abstrato e formal. Não é difícil notar que foi este distanciamento da realidade que acabou causando tanto prejuízo aos ideais democráticos da Revolução Francesa. Por isto, é indispensável que o jurista esteja atento a todas as peculiaridades do caso em questão para, tratando as *partes desigualmente*, promover a busca à igualdade real, material e concreta. Não comporta mais no jurista atual uma posição pacífica, complacente, estéril e preguiçosa de uma visão puramente formal e abstrata do princípio. Definitivamente este é um princípio dinâmico. Neste passo, cumpre, ao primeiro, investigar-se os desequilíbrios existentes entre as partes e, depois, agir-se de forma concreta e efetiva para equilibrar as posições dos interessados.

Considerando que se trata de um princípio informativo, não só do direito processual, mas de todo o direito, é indispensável que o intérprete veja a necessidade do tratamento igualizador de forma mais abrangente

do que a tão-só “igualdade perante a lei”. A amplitude do princípio é maior, não diz com a só questão formal da lei. A igualização deve dar-se não só perante a lei, mas perante o direito, perante a justiça, perante os escopos sociais e políticos do processo. Perante, enfim, as dimensões valorativas do direito.

Como se verá também o processo civil tem pautado sua orientação no sentido de ser instrumento igualizador do debate judiciário na busca do atendimento do direito substancial que é sua finalidade última.

Ensina Antonio Carlos de Araújo Cintra, o método processual exige a igualdade das partes e se caracteriza pela colaboração das partes na formação do provimento judicial. Assim, o princípio da igualdade condicionando o princípio da imparcialidade do juiz e dando suporte ao princípio do contraditório, “*reclama a forma dialógica (ou dialética) daquela colaboração das partes, colocando-se os ‘dialogantes’ em pé de igualdade, a fim de que, racionalmente, seus argumentos e suas provas sejam avaliados pelo seu próprio valor e não em vista de quem os apresente*” (1982, p.40).

SEGUNDA PARTE

A igualização no processo civil

Claro, uma mentalidade dogmática, legalista e mecanicista terá dificuldade em acolher o caráter dinâmico e igualizador do princípio da isonomia. A falta de um dispositivo claro, expresso e concreto será motivo para alegar insegurança. O jurista tradicional acomodou-se à ideologia que legitima os privilégios e vantagens individuais de poucos sob alegação de vitórias sociais da classe. Enfim, um pensamento assim utilitarista logo chamará de utópica uma proposta concreta de igualização no processo civil.

Contudo, volta-se a Barbosa Moreira e ver-se-á que a realização perfeita de igualdade, no processo ou fora dele, é e sempre será uma utopia.

“Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes, pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren

omitirse... no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial assuma decididamente un papel más activo en el proceso.”

Isto, contudo, é um obstáculo ideológico (e não jurídico) que amiúde tem atingido os atores no processo (juízes, advogados e promotores de justiça) .

A teoria do processo civil brasileiro tem dado largos passos no sentido de oferecer embasamento doutrinário capaz de trazer para dentro do processo meios de promover a busca da igualização das partes que acorrem ao Judiciário. O resultado prático de tal teorização, contudo, parece tímido.

Não se pode esquecer, o processo nasceu igualizador. Para evitar a injustiça que significa a resignação do mais débil ante o mais forte; para evitar os excessos a que quase normalmente pode levar a autodefesa; para evitar as autocomposições egoístas e, portanto, abusivas, para evitar tudo isto, apareceu o processo (Guillén, 1979, p. 129).

O caminho da visão igualizadora do processo foi aberto, por certo, com a oportuna aproximação de institutos processuais com institutos constitucionais. Tal proximidade garante, hoje, a existência de uma especialização de um processo civil constitucional. O avançar de tais estudos viabilizam, ao mesmo tempo, a aplicação concretizada dos princípios processuais consagrados na Constituição e o uso do processo como instrumento constitucional garantidor da participação do cidadão no núcleo do poder. Ao pensar-se na desigualdade material e concreta entre as partes em litígio e no desconhecimento que um deles ou seu advogado pode ter de seus direitos, ver-se-á que somente promovendo-se uma competente igualização das partes poder-se-á garantir, nos exatos termos constitucionais, a perfeita integração do princípio do contraditório e da imparcialidade judicial.

Assim, “participação e processo” passa a ser um referencial de integração do cidadão com o processo, através da jurisdição na busca de justiça. Os estudos neste sentido encontram-se publicados em livro de indispensável leitura, de onde se retiram conclusões de radical importância como a que segue: “ há que ser acentuada a função do juiz, como dos demais operadores do direito, como agentes de transformação, pois a mudança da lei é um idealismo ingênuo” (Grinover, 1988:143).

Contudo, não basta que o povo participe do processo, é preciso que o processo lhe dê resposta. Ou seja, é indispensável que o processo seja

efetivo.

Assim, no Direito Processual, à busca incontida de justiça, conveniou-se chamar efetividade do processo (Silva, 1988, p.102). Sob este tema, o debate gira em torno do acesso à justiça, o modo de atuação do processo, mas — principalmente — a justiça nas soluções jurisdicionais. O processo toma seu rumo definitivamente teleológico, agora como novo método de pensamento e com mentalidade mais aberta para uma ampla e mais abrangente reflexão sobre “o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da efetividade do processo” (Barbosa Moreira, 1983, p.94).

Enfim, o processo assume sua vocação de instrumento do direito substancial. Por isto, ao lado do escopo jurídico (atuar o direito material e fazer justiça), seguem-se com mais significação os escopos sociais (principalmente pacificar com justiça) e político (preservação do princípio do poder, garantia da liberdade e oportunidade de participação).

Como se vê, numa teoria relativamente recente e facilmente acessível, já é possível encontrar claro delineamento igualizador.

O processo é o local onde o objetivo, mais do que a vitória de um ou outro litigante, é lograr-se uma solução que atenda às necessidades sociais das partes. Não basta que os sujeitos processuais atuem burocraticamente. Importante atentar-se para as características e peculiaridades de cada caso. Em cada auto processual, mais do que um número, existem pessoas humanas que debatem muitas vezes direitos sociais relevantíssimos como a moradia, a alimentação e a saúde. Estes litigantes, para alcançarem os objetivos constitucionais da efetiva participação, não podem litigar em desequilíbrio de forças. A decisão judicial, face à carga política que representa e face à responsabilidade social que lhe é imanente, só pode vir após absoluta garantia que as partes litigaram com razoável igualdade de condições. Só assim se terá a razoável certeza que a decisão da Justiça não foi fruto da esperteza de uma das partes, mas fruto de um debate jurídico igual.

Aliás, vale sempre lembrar: o direito processual civil se inscreve entre aqueles direitos que fazem parte do campo do direito público.

Ou seja, no processo civil há prevalência do interesse público sobre o privado. E isto, nem de longe está vinculado somente ao momento da elaboração legislativa ou teórica. Pelo contrário, a prática através de um dos Poderes do Estado, o Poder Judiciário, guarda a necessidade e a garantia do cidadão de que está utilizando um dos instrumentos posto a

sua disposição que busca concretizar os objetivos e as finalidades do Estado. Na investigação processual, no debate entre as partes e na decisão prevalecem os fins sociais sobre as vontades particulares.

Em se tratando sempre de interesse público posto sub judice e não interesses privados e particulares, é indispensável que haja atividade concreta do Estado-juiz de efetiva igualização das partes a fim de impedir que o processo seja palco de exploração, individualismos e egoísmos exacerbados. O princípio da supremacia do interesse público traz em si uma idéia de interesse prevalente da coletividade sobre interesses vinculados particulares das pessoas. A supremacia do interesse público exige sacrifício pessoal em nome da melhor sobrevivência do corpo social como um todo.

A elevação do debate a nível dos interesses e das finalidades públicas de certa forma ajuda na igualização das partes litigantes, na medida em que afasta das discussões as vantagens pessoais de conquistas individualistas.

Evidentemente que o sentido dinâmico do princípio da igualdade, aqui chamado princípio igualizador, não é missão única do juiz. A todos os atores do processo está afeita esta tarefa.

José Afonso da Silva concita os advogados a travarem vigorosa luta contra o desrespeito ao princípio da igualdade da Justiça, pois só assim estará cumprindo sua missão fundamental que é defender a justiça.

E esclarece:

“Mas é preciso compreender o princípio da igualdade no seu sentido real, que busca realizar a igualização das condições dos desiguais em consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente formal”.

Mas sem dúvida é de pensar-se mais fortemente na posição judicial e na necessidade do indispensável distanciamento dos interesses individuais das partes.

Será bastante duvidosa, do ponto de vista da sua independência, uma orientação judicial burocrática que se renda ao legalismo de uma igualdade meramente formal e nominal. Presidir um processo assegurando às partes igualdade de tratamento, tal como determina o inciso I do artigo 125, nem de longe significa ficar abúlico às disparidades muitas vezes flagrantes entre as condições pessoais das partes e dos advogados que as representam.

A inércia judicial nestas condições será flagrante favorecimento da

parte mais forte. O sistema do Código de Processo Civil tem orientação clara em relação a atividade judicial que exige dinâmica no andamento do processo, percuente na investigação probatória e atenção à efetiva igualdade das partes.

Claro, é árdua a busca da igualização. Apesar disto, é preciso que se diga enfaticamente, é absurdo conferir-se os mesmos direitos e deveres processuais a todos os indivíduos, indistintamente, esquecendo-se de que existem diferenças entre eles.

O caminho de uma interpretação igualizadora começa pelo reconhecimento da existência de peculiaridades próprias em cada caso concretizado em juízo. Vale o ditado: “cada caso é um caso”.

Para Carnelutti, o juiz, que, ao cumprir com sua função, realiza uma justiça individualizada, também tende a formar um direito justo. É certo que a lei é igual para todos. Todavia, antes da lei se acha o homem e aquela — já diziam os antigos — é feita para este e não reciprocamente. Ademais, o juiz é ao mesmo tempo, mais ou menos consciente, o juiz das partes e juiz do legislador” (s/d., p. 329).

Muitos litígios contêm uma gama de fatores diferenciais de aspectos fáticos e pessoais que evidentemente jamais poderiam ser apreendidos e previstos pelo legislador. O jurista tem que estar atento a todas as circunstâncias do caso concreto. Qualquer elemento pode ser acolhido como fator discriminatório. Importante é que tal fator responda satisfatoriamente a uma correlação lógica compatível entre os dados tomados como base da diferenciação e as conclusões retiradas. Não se admite, por exemplo, desequiparações fortuitas ou injustificadas. Imprescindível, enfim, que a conclusão, além da correlação interna, não seja incompatível com interesses prestigiados pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Reconhecido que não existe igualdade surge a necessidade do processo tomar o rumo de certa igualização. Por evidente os motivos que causam as desigualdades de condições materiais entre as pessoas, ainda que não possam imobilizar o jurista, dependem de mudanças profundas no seio da nossa sociedade.

Como diz João Mangabeira, a igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção capitalista. Sem a redução

das desigualdades econômicas ao mínimo possível, nenhum mecanismo político ou jurídico permitirá ao homem comum atender as suas necessidades mais básicas e a partir disto sonhar em realizar seus desejos e aspirações. Um passo indispensável para tomar-se a via da solução será promover-se definitivamente a distribuição de renda de modo a evitar a disparidade clamorosa de homem a homem que o regime atual determina. Para tanto, é indispensável a atuação do Estado como todo (Executivo, Legislativo e Judiciário) no sentido de evitar, pelo menos, a exploração desmesurada e o lucro exagerado (1990, p. 98).

Evidente: o princípio igualizador vai exigir na atuação do juiz certos limites. Indispensável que a igualização a ser promovida no processo seja justificada em bases éticas, e que o elemento discriminador guarde certa pertinência lógica com as peculiaridades pessoais.

A teoria do direito aqui vista na sua formulação constitucional e processual cível tem reconhecido, não só o desatendimento do princípio constitucional isonômico diante da existência de condições pessoais desiguais, como a necessidade de uma atuação efetiva do ator jurídico no sentido da igualização das disparidades.

Por certo o processo civil austríaco, regulado pela *Zivilprozessordnung* de 1895, merece homenagens não só pelo seu centenário que se aproxima. Tal diploma, como ensina Cappelletti, atribuiu ao Juiz todos os poderes e deveres considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva, e válida, assim não menos para o pobre, para o ignorante, para o mal defendido, que para o rico e para o erudito (1981, p. 25).

A base desta igualização reside em uma postura atenta e dinâmica dos agentes qualificados do processo. Principalmente em relação aos juízes cobra-se maior atenção. A doutrina vem demonstrando o descompasso entre os deveres judiciais de imparcialidade e de atendimento do princípio do contraditório ao dispensar-se o mesmo tratamento judicial aos loucos e aos sãos, aos pobres e aos ricos, aos fortes e aos fracos, aos jovens e aos velhos, à parte bem representada e mal representada por advogado.

A sugestão mais pertinente vai no sentido do aumento da oralidade no processo civil. No *vis a vis* com as partes o juiz acaba conhecendo detalhes pessoais que aguçam o seu sentimento de igualização. O julgamento antecipado da lide pode acelerar o fim do processo de conhecimento, mas muitas vezes paralisa o processo na execução. Tal parali-

sação deve-se principalmente pela falta de uma tentativa de conciliação no processo de conhecimento quando a transação de alguns direitos tem efeito coativo moral bem mais eficaz que coerção executiva. Por outro lado, também a existência de embargos do devedor com razões de direito tão pertinentes e relevantes acabam ensejando investigação.

É ilusão imaginar-se que todos os advogados tenham a mesma capacidade de defender seus clientes. O interesse público que rege também o processo civil está a exigir do juiz cível a mesma atenção do juiz criminal. Isto significa não só a promoção da prova independente do requerimento das partes, mas também cuidado com a qualidade da defesa dos interesses da parte.

Com desigualdade entre as partes não há imparcialidade judicial, mas convivência na opressão pela via judicial do mais forte sobre o mais fraco. Sem que as partes estejam em certa igualdade de condições de postularem seus direitos (que não raro desconhecem), o contraditório é uma farsa.

Definitivamente, o princípio da igualdade é dinâmico no sentido de promover certa igualização das condições entre as partes. Com o princípio igualizador evita-se dentro do processo o excesso e o abuso de poder econômico sobre cidadão, principalmente os menos favorecidos na relação jurídica material e processual.

BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el processo civil. *Revista de Processo*, v. 44, p.176/185. 1986.
- _____. Notas sobre o problema da efetividade do processo, in: *Revista da Ajuris*, v. 29, p.77-94, nov. 1983.
- BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula — liberdade , igualdade e fraternidade — socio-logicamente considerada. in: *Revista dos Tribunais*, v. 35. 1943.
- CAPPELLETTI, Mauro. Los Derechos Sociales de liberdade en la concepcion de Piero Calamandrei, in: *Processo, Ideologias, Sociedad*. Ejea. p.115-127. 1974.
- _____. A ideologia no processo civil in: *Ajuris*, v. 23, p.16-33.
- CARNELUTTI, Francesco. A certeza do direito, in: *Estudos de Direito Processual*, t. I.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O principio da igualdade processual, in: *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. v. 19, p. 39-44. dez. 81/ dez. 82.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- FERRAZ, Sérgio. Igualdade Processual e os Benefícios da Fazenda Pública, in: *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, vols. 13/15. s.d.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Participação e Processo*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1988.
- GUILLÉN, Vitor Fairén. La Humanización del Proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grécia, in: *Revista de Processo*, v. 14/15, p.125-171.
- MANGABEIRA, João. Oração do Parainfó. In: *Direito Achado na Rua*, 3ª edição. p. 91-101. Ed. UnB. Brasília. 1990.
- MARINHO, José da Silva. A Igualdade e o Código de Processo Civil, in: *Justitia*. v. 47 (128): 19-36. jan./mar. 1985. São Paulo.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª edição, 1992. Malheiros Editores, São Paulo.
- _____. O advogado perante o princípio da igualdade, in: *Revista Jurídica*. 1979.
- SILVA, Ovídio Baptista. Democracia moderna e processo civil, in: *Participação e Processo*. (org. Ada Pellegrini Grinover et alii). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1988. p. 98-113.
- RAMOS, Elival da Silva. O direito à igualdade formal e real. *Revista dos Tribunais*, v. 651. 1990.

Capítulo 13

TEORIA GERAL DO PROCESSO: EM QUE SENTIDO?

*Willis Santiago Guerra Filho**

Sumário: 1. Origem da Teoria Geral do Processo (TGP). 2. Estado atual da TGP. 3. Teoria da Jurisdição e TGP. 4. Direito Processual Constitucional e TGP. 5. Conclusão: A TGP como uma introdução ao direito processual.

1. Origem da Teoria Geral do Processo (TGP)

A TGP, assim como a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Estado, surgem como uma consequência do tipo de abordagem de estudiosos do direito alemães, pertencentes à última fase da chamada Escola Histórica, encabeçada por Savigny. Essa linha de pensamento representou uma reação ao jusnaturalismo racionalista, à época (princípio do século XIX) predominante, com sua confiança na capacidade da razão, natural e inata a todo ser humano, de intuir os princípios válidos universalmente, com base nos quais se deveria proceder à positivação do Direi-

* Professor da Faculdade de Direito da UFC.

to, através de leis emanadas do poder estatal. Savigny, de origem nobre, se insurge em seu célebre manifesto “Von Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung” (Da vocação de nosso tempo para a legislação) contra a codificação, bandeira da burguesia, esclarecida pelo iluminismo (Aufklärung), que ascendia ao poder revolucionariamente na Europa — e, através das guerras de independência, também nas Américas. As normas jurídicas, para Savigny, deveriam provir do que Hegel chamara Volksgeist (espírito do povo), só que ao invés de pesquisar as normas pelas quais o povo rege sua conduta em sociedade, ele vai recorrer ao estudo das fontes históricas de uma época recuada, que seriam superiores às contemporâneas, numa atitude típica do romantismo idealista e do conservadorismo aristocrata.

Contra o Direito que se queria escrever de acordo com a “razão natural” opunha Savigny a *ratio scripta*, manifestada no Direito Romano. Um ex-aluno seu, Karl Marx, aponta em um escrito juvenil, “O Manifesto da Escola Histórica”, as contradições e o comprometimento ideológico de suas teses, já que Savigny, apesar de ser contra a legislação, fora encarregado pelo governo para reformas legislativas, cujo resultado era contrário aos interesses populares. Também o estudo da História que ele propunha não comportava o fluxo da história real da sociedade, limitando-se ao estudo de conceitos tal como aparecem nas “fontes”, onde o fluxo da História teria como que estagnado. Que a abordagem da Escola Histórica era de fato formalista e conceitual é demonstrado pelo seu desenvolvimento ulterior, pois dela deriva a *Begriffjurisprudenz*, “jurisprudência (= ciência do direito) dos conceitos” e a pandectística (de *Pandekten*, o nome das escrituras de Direito Romano), partindo de próceres dessa última a idéia de se elaborar uma “*parte geral do Direito Civil*”, que, conjugada à refutação da filosofia jurídica jusnaturalista pelo positivismo, resulta na Teoria Geral do Direito, e, depois, na Teoria Geral do Processo (TGP). Antes, porém, de se falar em TGP, houve primeiro que se firmar a ciência processual. A idéia mesma de uma ciência do direito teria sido formulada pela Escola Histórica, tendo Savigny apontado a *relação jurídica* como sua categoria fundamental, propugnando ainda a necessidade de se elaborar um sistema com os conceitos extraídos da experiência jurídica romana. No que diz respeito ao direito processual, contudo, a obra savigniana continua orbitando em torno da concepção dos romanos, que não distinguiram um direito processual no âmbito do ordenamento jurídico, pois para eles

esse ordenamento era composto por *actiones*, forma plural de *actio* — termo que mal se pode traduzir por “ação”, já que possuía também conotação de direito subjetivo, e o próprio direito objetivo era uma “lei das ações”, *legis actiones*.

Em meados do século XIX, a principal figura do pandectismo, Windscheid, se envolve em uma polêmica com Muther, sobre o conceito de *actio* romana, entendida pelo primeiro como entidade pertencente não ao direito processual, mas sim ao direito material, em sua obra *Die actio des römischen Rechts von Standpunkt des bürgerlichen Rechts*” (A *actio* do Direito Romano do ponto de vista do Direito Civil), de 1856. Essa discussão abre caminho para que se afirme, posteriormente, o caráter abstrato do direito de ação, isto é, sua independência do fato de que aquele que entra com uma ação tenha efetivamente o direito alegado. Com isso se confere autonomia ao processo, iniciado pela ação, frente ao chamado direito material, a *matéria*, objeto do processo e da ação.

A autonomia do direito processual se considera definitivamente conquistada com a elaboração devida a Oskar von Bülow, da categoria da *relação jurídica processual*, com caracteres próprios, que a diferencia da relação de direito material. A partir daí, se não houve propriamente o início da ciência processual, como se costuma afirmar, esquecendo a contribuição de estudiosos anteriores do porte de J.W. Von Panck e Bethmann-Hollweg, certamente principia uma nova fase nos estudos da matéria. A TGP é fruto dessa época, quando da sistematização dos conceitos fundamentais do processo civil, levada a cabo por autores como Wach e Hellwig, se passa a discutir categorias que se aplicariam indistintamente, ao processo civil e penal, no que se destacaram, na Alemanha, autores como James Goldschmidt e Wilhelm Sauer, no primeiro quartel do século em curso. Não se pode também esquecer a contribuição italiana, tendo Giuseppe Chiovenda como introdutor do novo pensamento processual oriundo da Alemanha, limitando, porém, sua atuação, ao processo civil, devendo-se a Francesco Carnelutti os esforços principais no sentido de fundamentar uma doutrina unitária e geral, aplicável aos processos todos, como se quer na TGP.

2. Estado atual da TGP

A doutrina moderna do processo, iniciada na Alemanha e Itália, chega

até nós por intermédio de autores como Pontes de Miranda, o português José Alberto dos Reis, o uruguaio Eduardo J. Couture, autor de importante obra, traduzida e publicada no Brasil, como o *Fundamentos de Direito Processual Civil*, os argentinos Hugo Alsina e Ramiro Podetti, provindo desse último a idéia retora da TGP, em sua versão latino-americana: estudo da trilogia estrutural do direito processual, “ação, jurisdição e processo”.

Os estudos processuais em nosso continente ganharam também um grande impulso com a imigração para cá de processualistas ilustres, perseguidos na Europa pelos regimes totalitários que lá se instalaram, provocando a deflagração da 2ª Guerra Mundial. Da Alemanha veio ninguém menos que James Goldschmidt, se instalando na Argentina e lá produzindo em castelhano obra de TGP. Para o Brasil veio o então mais jovem discípulo de Chiovenda, Enrico Tullio Liebman, o qual lecionou direito processual civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, publicando ele também obras na língua do País que o acolheu, e reunindo em torno de si um grupo de estudiosos, dentre os quais se destacou o autor do anteprojeto do Código de Processo Civil (CPC) em vigor atualmente no País, Alfredo Buzaid. Da Espanha vieram, para a Argentina, Santiago Sentis Melendo, que, além de suas obras, desenvolveu um importante trabalho editorial, como secretário da *Revista de Derecho Processal* e tradutor de inúmeros autores alemães e italianos de direito processual; para o México, Alcalá Zamora Y Castillo, tradutor de Carnelutti e autor de obra clássica de TGP, “Proceso, Autocomposición y Autodefensa”.

Em que pese o ceticismo de alguns processualistas a respeito da possibilidade de se estudar conjuntamente tipos diversos de processos — especialmente o processo civil, voltado para a defesa de interesses particulares, e o processo penal, instrumento de tutela da sociedade agredida por crimes —, há um número razoável de estudiosos na América Latina, especialmente aqueles mais jovens, que se empenham com entusiasmo na tarefa de elaborar uma teoria (geral) do processo. A TGP, em diversos países, inclusive no Brasil, integra o currículo jurídico, o que resulta em forte impulso para a produção nessa área, com intuito didático. Jamais, porém, se poderia ter passado a ensinar uma matéria que não havia ainda se constituído plenamente, e a verdade é que isso até hoje não ocorreu com a TGP. Nos próprios países onde surgiu a idéia de reali-

zá-la, Alemanha e Itália, esse projeto se encontra praticamente abandonado. Dos autores italianos recentes, tem se dedicado a ele quase que exclusivamente o professor da Universidade de Roma, Elio Fazzalari, cujo trabalho nesse campo se acha enfeixado no livro *Istituzioni di Diritto Processuale*, reeditado por três vezes, desde 1979, onde apresenta em linhas gerais não só os diversos processos utilizados pelo Poder Judiciário, como também o processo legislativo, o processo administrativo, o processo constitucional e um processo que se realiza fora do âmbito estatal, o processo arbitral. Todos eles, contudo, são examinados tal como aparecem no ordenamento italiano.

Essa limitação ao estudo dos processos de um só país, para daí se tirar conclusões que seriam de validade generalizada, é um dos aspectos suscitados na crítica contundente que Fritz Von Hippel, na resenha publicada na ZZP (revista alemã de direito processual) n^o 65, de 1952, move contra uma tentativa de levar adiante, na Alemanha, as idéias de Goldschmidt, empreendida por Werner Niese, em *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre* (Atos processuais com dupla função. Uma contribuição para a TGP), de 1950. Em sua obra, Niese limitara-se ao estudo conjunto do processo civil e penal. A principal tentativa desde então de fazer TGP, na Alemanha, ocorreu em princípio da década de 70, sendo devida a Wolfgang Grunsky em *Grundlagen des Verfahrensrechts* (Fundamentos de direito processual). Ali se afasta desde logo a possibilidade de tratamento conjunto de processo civil e processo penal, dadas as profundas diferenças estruturais que há entre eles, optando-se por uma comparação do primeiro, e especificamente, do processo de conhecimento (o processo de execução é examinado em obra posterior do autor, juntamente com o processo falimentar) com aqueles administrativo, tributário, securitário e de jurisdição voluntária (regulamentado por lei especial na Alemanha, ao contrário do que ocorre aqui, onde a matéria é regulada no CPC).

Uma teoria verdadeiramente geral do(s) processo(s) é, portanto, algo extremamente difícil de se fazer, pois pressupõe não só a comparação — ou antes, a possibilidade de comparação, a comparabilidade — entre os mais diversos tipos de processos dentro de um mesmo ordenamento jurídico (comparação intrassistemática), e também a comparação com os processos de ordenamentos jurídicos estrangeiros (comparação intersistemática), algo que só pode resultar da conjugação de esforços prévios,

que superem paulatinamente cada um dos obstáculos mencionados.¹

Definitivamente, isso não pode ser praticado com alunos que ainda não tiveram nenhuma noção de direito processual, como são aqueles a quem se oferta a disciplina TGP na graduação em Direito, visando prepará-los para o estudo dos diversos ramos do processo. O que se acaba fazendo, então, é um estudo introdutório do processo civil e, em geral, de apenas um de seus tipos, o processo de conhecimento, com alusões a peculiaridades do processo penal e, mais raramente, do processo trabalhista.

Resumindo, então, nosso parecer, sobre a TGP, entendemos que ela só será possível de ser estudada por quem já tenha experiência no trato com a matéria processual, sendo a disciplina algo que ainda está longe de se constituir plenamente, para o que depende, entre outras coisas, de uma doutrina unitária sobre processo de conhecimento e execução, do desenvolvimento de um arcabouço conceitual aplicável tanto aos processos empregados na jurisdição como também aos demais, envolvendo o Estado, ou só entre particulares, e, finalmente, há ainda muito o que se fazer no campo do direito processual comparado, campo que deverá ser muito pesquisado na Europa em um futuro próximo, devido à sua unificação iminente, e que na América Latina se encontra em franco desenvolvimento, impulsionado por estudos como o de Enrique Vescovi, *Elementos para una teoria general del proceso latino-americano*, e tra-

1. Gerhard Lüke, em trabalho recentemente publicado na Zeitschrift für Zivil-prozeß, n. 107, 1994, pp. 145 ss., intitulado "Von der Notwendigkeit einer Allgemeinen Prozeßrechtslehre", lamenta o referido abandono dos esforços da doutrina processual, em seu país, no sentido de desenvolver a TGP, tentando reanimá-la a perseguir esse objetivo. Dentre os argumentos que utiliza, logo o primeiro evidencia a dificuldade intransponível com que se deparam tais esforços. O autor aponta como uma das desvantagens de não mais se praticar a TGP a perda de segurança, por parte dos operadores jurídicos, no manejo dos conceitos fundamentais do processo, exemplificando com a confusão feita em decisão recente do Tribunal de seu estado, Saarbrücken, entre legitimidade para agir e capacidade de ser parte, quando, segundo ele, encontra-se plenamente assente na doutrina que essa última é um pressuposto processual, enquanto a primeira diz respeito ao mérito. Ora, essa última afirmação não é válida para a doutrina brasileira, onde, a diferença daquela alemã, distingue-se dos planos do processo e do mérito aquele da ação, onde se situam as questões sobre condições da ação, como essa referente à legitimidade ad causam.

balhos como o Código de Processo Penal padrão para a América Latina, apresentado nas Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, em maio de 1988, no Rio de Janeiro.

Note-se, ainda, que ao invés de Teoria Geral do Processo há uma tendência a que se pratique *teoria do processo*, o que não muda apenas a falta do adjetivo, — o qual de resto, é meio incômodo, já que toda teoria, para sê-lo verdadeiramente, haverá necessariamente de ser “geral”, não havendo teoria do particular. A teoria do processo, assim como a teoria do direito (em contraste com a teoria “geral” do direito), representa um intento de carrear para os estudos de índole estritamente jurídica, dogmáticos, resultados de ciências sociais e humanas, como a sociologia, antropologia, psicologia, bem como a aproximação a modelos teóricos desenvolvidos em disciplinas fundadas recentemente, tais como a semiótica, cibernética, teoria dos sistemas, teoria da comunicação, teoria da organização, ou ainda de reflexões filosóficas, em que o processo se destaca como uma categoria central, a exemplo do que vem ocorrendo no pensamento mais recente de Jürgen Habermas.²

3. Teoria da Jurisdição e TGP

No princípio da década de 50, Enrico Allorio, traçando as linhas gerais evolutivas da ciência processual, vaticinava a entronização da função jurisdicional no centro das preocupações dessa disciplina.³

Não se pode dizer que a profecia já tenha se cumprido, embora se

2. Cf., v.g., “Faktizität und Geltung”, Frankfurt a.M., 1992, pp. 324 ss., 516 ss., 600 ss. Esse tipo de abordagem aparece em obras como a do austríaco Johann Josef Hagen, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre, Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie* (Elementos de uma TGP. Contribuição para a teoria geral do procedimento), 1972; do uruguaio Dante Barrios de Angelis, *Teoria del processo*, 1979; e, na Alemanha Federal Jürgen Schappen, “Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens; ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und Grundbegriffe von Prozess und Prozessrecht” (Estudos de teoria e sociologia do procedimento judicial: uma contribuição para a discussão dos fundamentos e conceitos básicos de processo e direito processual”. 1965. O mesmo já não se pode dizer, apesar do título, do Tratado de Teoria do Processo, 2 vols., Rio de Janeiro, 1986, de Benedito Hespanha.

3. Cf. “Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale”, relatório

possam detectar sinais a indicar que ela, no mínimo, não era despropositada. Assim, tem-se, por exemplo, na doutrina espanhola; a reafirmação decidida de *Montero Aroca*, da importância central da jurisdição, nos estudos de direito processual, chegando esse autor ao ponto de propor uma mudança do nome da disciplina para “Direito Jurisdicional”.⁴

Nossa proposta aqui, contudo, vai mais no sentido de que se forme uma disciplina diferenciada para se dedicar ao estudo da Jurisdição, deixando para a Dogmática Processual as tarefas de sentido mais prático, que lhe são próprias. O que faz falta, portanto, não é tanto uma conversão do direito processual, em jurisdicional, mas sim a elaboração de uma Teoria (geral, é claro, como é próprio de todas elas) da Jurisdição.⁵

A nova disciplina científica, para qual se pretende chamar a atenção aqui teve como patrono o jusfilósofo alemão Norbert Achterberg, para quem ao lado das já de há muito constituídas Teoria da Administração (*Verwaltungslehre*) e Teoria da Legislação (*Gesetzgebungslehre*), faltava uma Teoria da Jurisdição (*Rechtsprechungslehre*), para que se completasse a lacuna na Teoria das Funções do Estado (*Funktionenlehre*), que, com isso, ganharia impulso para se desenvolver, a nível meta-jurídico (i.é., metanormativo ou metadogmático). Para tanto, à Teoria da jurisdição se atribui o objetivo de investigar o campo metajurídico em que se situa a Jurisdição, em particular, os seus condicionantes filosófi-

apresentado no I Congresso Internacional de Direito Processual, em Florença, no ano de 1950, ora publicado em *Problemi di Diritto*, Millan, 1957, v. 111, pp. 173 e ss. e 204.

4. Cf. “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, trabalho publicado originalmente na Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984, e agora coligido em *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988. p.13 e ss. Algo semelhante, aliás, já fora sugerido por outro espanhol, Fenech, em suas “Notas de introdução ao estudo do Direito Processual”, publicadas em italiano, nos *Scritti in Onore di Carnelutti*, Milão, 1950, e em coletânea sua, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1960, tendo se insurgido⁴⁰ contra a idéia, entre outros, Couture, em *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1958, e Alcalá-Zamora, em *Estudios de Teoria General e Historia del Proceso*, México, 1974, v. I, p. 30, nota 5). Entre nós, propõe um deslocamento do centro de atenções dos processualistas para a jurisdição, Cândido R. Dinamarco, em *A instrumentalidade do Processo*, São Paulo, 1987.

5. Alude à Teoria Geral da Jurisdição José Alfredo de Oliveira Baracho, no 2º capítulo de sua obra *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, 1984.

cos e sociológicos, a fim de obter uma compreensão de sua essência.⁶ Caberia então a essa disciplina levar em conta as possibilidades do emprego de diversos modos de pensar a realidade e nela influir, tais como a filosofia hermenêutica, a semiótica, a lógica, a teoria da argumentação, a teoria da decisão, bem como as ciências sociais, ao tomarem pronunciamentos judiciais como objeto de estudo (observe-se que a palavra *Rechtsprechung*, em alemão, significa, ao mesmo tempo, o Poder Jurisdicional, a decisão judicial e a jurisprudência, com o significado que esse termo adquiriu entre nós, de decisões judiciais reiteradas em determinado sentido).

Em outra oportunidade, na conferência que pronunciou na abertura do Simpósio internacional sobre “*Rechtsprechungslehre*”, por ele promovido em Münster, no ano de 1984, Achterberg procurou evidenciar a diferença entre a nova disciplina e anteriores tratamentos científicos do mesmo objeto, pelo direcionamento desses para a Dogmática, enquanto aquela deverá ser uma teoria (metadogmática) e uma metateoria, na medida em que realiza uma reflexão sobre a Jurisdição e também sobre si própria. Além disso, pode ser classificada a um só tempo como ciência teórica (*Erkenntniswissenschaft*) e ciência prática (*Handlungswissenschaft*), como ciência empírica (*Seinswissenschaft*) e como ciência normativa (*Normwissenschaft*), já que não se contenta em apenas analisar o comportamento dos órgãos jurisdicionais, mas também se ocupa com a elaboração de regras para orientar esse comportamento, que o autor concebe como “metanormas”, sem conteúdo imperativo, e sim com capacidade de influenciar a atividade jurisdicional, sendo, portanto, as únicas que as ciências podem legitimamente produzir.⁷ Finalmente, tendo em vista o caráter normativo que desde há muito se identifica nos atos em que culmina a realização do Direito em seus vários níveis (i.é, legislativo, administrativo e judicial), a Teoria da Jurisdição, juntamente com a Teoria da Administração e da Legislação, seriam partes integrantes de uma “Teoria Geral do Regulamento” (*allgemeine Regelungstheorie*), a

6. Cf. Achterberg, “*Rechtsprechungslehre — Desiderat der Wissenschaft*”, in: *Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts, Ausgewählte Abhandlungen 1960-1980*, Berlim, 1980, p. 178 e ss.

7. Sobre esse ponto em particular, Achterberg, “*Influenzierende Normen als Normen Kategorie*”, in: *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlim, 1984, p. 487 e ss.

ser elaborada de forma interdisciplinar e com o auxílio da informática.⁸

Na concepção que se vem de esboçar ligeiramente, a Teoria da Jurisdição seria algo como uma ciência-de-síntese, conglomerando dados provenientes da filosofia do direito, de ciências jurídicas empíricas como a sociologia e a antropologia do direito, e de ciências jurídicas normativas, tendo como ponto fulcral a Jurisdição. Sua utilidade é indiscutível, como instrumento auxiliar no desempenho da atividade jurisdicional, sendo esse indisfarçavelmente seu móvel principal, assim como a Teoria da Administração se põe a serviço dos administradores e a Teoria da Legislação, dos legisladores.

Vale ressaltar, ainda, que somente dentro de uma visão “transclássica” da ciência⁹ se pode compreender que a Teoria da Jurisdição tome como parte de seu corpus, outras disciplinas de caráter geral como a semiótica ou a teoria (geral) do estado, sem por isso se tornar mais geral do que essas, e mesmo poder ser encarada como parte integrante de uma delas — aquela última, no caso. As ciências clássicas é que eram tidas como sistemas estáticos e estanques, colocando-se no presente a necessidade de um encadeamento dinâmico entre os vários esquemas explicativos da realidade, que em si mesmos podem ser qualificados como ‘unitotalidades’ (tomando de empréstimo a expressão que Schelling empregou para caracterizar o “espírito do sistema”, “Ein- und Allheit”).

Importa finalmente assinalar que ao processualista caberia fazer uma contribuição predominantemente jurídica para a Teoria da Jurisdição, sem com isso negar sua vocação multidisciplinar — é certo, porém, que ao jurista cabe oferecer o conhecimento que lhe é próprio, ficando outros especialistas com o encargo de apresentar os resultados das pesquisas em seu campo, enquanto os “generalistas” sintetizariam os resultados parciais. Em se tratando de um tema jurídico por excelência, como é o da Jurisdição, parece incontestável que o plano jurídico constitua a base para todo desenvolvimento posterior a nível metajurídico, bem como para onde deva reverter os maiores benefícios do aumento de conhecimento daí advindo.

8. Cf. Achterberg. “Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdisziplin”, in: *Rechtsprechungslehre*, N. Achterberg (ed.), Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1986, p. 3 e ss.

9. V. S. Maser, *Fundamentos de Teoria Geral da Comunicação*, trad. de Leônidas Hegenberg, São Paulo, 1975, p. 11 e ss.

Uma última colocação sobre a proposta do Prof. Achterberg relaciona-se com a disciplina que abrangeria aquelas dedicadas à Administração, Legislação e Jurisdição, a “Teoria Geral do Regulamento”. A meu ver, essa disciplina não está ainda por se constituir, mas sim já foi constituída, embora carente de um desenvolvimento, que lhe permita alcançar as dimensões que dela já se vislumbra. Trata-se da Teoria (Geral) do Processo. O regulamento que as atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais recebem nos Estados democráticos de Direito contemporâneos obedece à formula ou modelo processual, na medida em que admitem, — quando não exigem —, o debate dialético, para que se chegue a soluções mais justas e racionais. Em todos os três casos se tem a necessidade de alcançar uma *decisão*, que para ser tida como convincente necessita emanar de um *processo*, do qual participam e discutem os interessados ou representantes desses.¹⁰

4. Direito Processual Constitucional e TGP

O Direito Processual Constitucional é disciplina cuja paternidade se atribui a Hans Kelsen, por seu pioneirismo na defesa da necessidade de se fornecer às Constituições as garantias processuais e jurisdicionais de uma instância julgadora diferenciada, incumbida do controle de constitucionalidade dos atos normativos: Os Tribunais Constitucionais¹¹. Niceto Alcalá-Zamora Castillo, por exemplo, é um dos que atribui ao grande mestre vienense os primeiros passos no sentido de sistematização dos estudos de processo constitucional.¹²

É de se lembrar também o pioneirismo do genial processualista sul-

10. É essa, em linhas gerais, a concepção de Elio Fazzalari, apresentada em artigos como “Diffusione del processo e compiti della dottrina”, publicado inicialmente nos *Studi in onore di A.D. Giannini*, e no verbete “Processo (Teoria Geral)”, no *Novissimo Digesto Italiano*, bem como nas *Istituzioni di Diritto Processuale*, onde procurou fornecer uma primeira aproximação conjunta de processos jurisdicionais, administrativos e legislativos, etc.

11. Para uma coletânea dos textos fundamentais de Kelsen sobre o assunto, v. *La Giustizia Giurisdizionale della Costituzione*, Milão, 1981.

12. Em sua obra clássica *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, México, 1947, n. 126, p. 207; (2ª ed.. 1970, p. 215). No mesmo sentido, pronunciou-se Hector Fix Zamudio, no apêndice que escreveu em sua tradução da obra clássica

americano Eduardo Couture, uruguaio, e bastante integrado nas letras jurídicas brasileiras e argentinas, que chamou atenção para as bases constitucionais da ação judicial, demais institutos e princípios fundamentais do processo, em trabalho publicado no ano de 1953, em homenagem ao argentino Hugo Alsina e divulgado em versão do próprio Couture nas principais revistas especializadas da Europa, a *Zeitschrift für Zivilprozeßrecht* alemã e a *Revista di Diritto Processuale italiana*, intitulado “Las garantias constitucionales del processo civil”.¹³

O Direito Processual Constitucional, contudo, não teria ainda se firmado como ramo da ciência jurídica, com matéria específica sua, autonomia didática e independência científica.¹⁴ Tratar-se-ia, antes de uma posição científica, “pela qual se procura extrair da Constituição (sua única fonte), normas de processo”.¹⁵

A tendência, porém, parece ir no sentido de ocorrer o desentranhamento da disciplina do corpo do Direito Constitucional, por demandar, inegavelmente, o estudo por parte de especialista em Direito Processual. Ao mesmo tempo, não haveria nenhum ramo do Direito Processual capaz de incorporar, totalmente, o novo campo de estudos, que possui assuntos de interesse geral, com projeção sobre todos os ramos do direito processual: civil, penal, trabalhista, e mesmo aqueles fora do chamado “processo judicial”, como são o processo legislativo e administrativo. Seriam, portanto, temas típicos em Direito Processual Constitucional: (1) a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; (2) o disciplinamento da Jurisdição Constitucional e dos meios próprios de provocá-la, seja em via recursal, seja em via principal, pelas ações previstas na Lei Maior, cujo fim é resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento

de Cappelletti *Jurisdição Constitucional da Liberdade* (México, 1961, p. 134, nota 15), ela própria um marco teórico fundamental, no desenvolvimento dessa disciplina.

13. Agora in: *Estudios de derecho Procesal Civil*, t. I, “La Constitución y el Proceso Civil”, Buenos Aires, 1948, p.18 e ss. Coincidente sobre o significado seminal dos aportes de Kelsen e Couture é o parecer de J. Alfredo Baracho, em seu *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, 1984, p. 126 e ss.

14. (V., nesse sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira, “O Processo Civil na nova Constituição”, in: RePro 53/1, Ed. RT, S. Paulo, 1989).

15. Ricardo Fiúza, “Direito Constitucional Processual” (verbete), in: *Digesto de Processo*, v. II, n. 3, in fine.

constitucional, conferindo-lhe maior eficácia; (3) e o dos princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal etc. Note-se, com relação às ações constitucionais e aos princípios processuais, que se pode abranger ambos sob a denominação de “garantias processuais constitucionais”, dando-lhes um tratamento no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais, ainda por se desenvolver entre nós.

Como observação final, vale chamar a atenção para a circunstância de que, com o conteúdo que se vem de apontar, o Direito Processual Constitucional se ocupará de parte substancial do que, no momento, se ensina na chamada “teoria geral do processo”. No início, já se apontou para uma série de inconvenientes, vislumbrados no “projeto” de desenvolver semelhante matéria, tanto de um ponto de vista didático, como epistemológico mesmo. Melhor, então, é substituí-la, ao menos em parte, pelo Direito Processual Constitucional. Isso porque ao estudar temas como os princípios gerais do processo e a organização judiciária no âmbito do Direito Processual Constitucional, o aluno o fará dentro de uma perspectiva dogmático-positiva, ao mesmo tempo em que permanece sem ser a de alguma matéria processual específica, como o processo civil, pois será um estudo de cume, em nível constitucional.

5. Conclusão: Sobre a TGP como uma introdução ao direito processual

A experiência profissional de ensino da disciplina Teoria Geral do Processo em cursos de graduação em Direito não costuma ser das mais gratificantes, para quem se preocupa em mostrar para o aluno o alcance daquilo que se lhe está ensinando. Aqui se pode ver um indicativo de uma insatisfação científica e didática dessa disciplina, cujo reconhecimento pode trazer consequências de monta tanto para a pesquisa como para o ensino do direito. Acontece que ainda não existe uma teoria realmente geral do processo, e o exame do atual panorama da ciência processual, aqui e no estrangeiro, sequer permite entrever maiores esforços no sentido de se desenvolver cientificamente semelhante campo de estudo. O que se costuma fazer, com maior ou menor frequência ou satisfatoriedade e com finalidades didáticas, em geral, são estudos comparativos de ordenamentos processuais dentro de um mesmo direito positivo nacional,

e, ainda assim, tomando como parâmetro: institutos do processo de conhecimento.¹⁶

A disciplina de cunho filosófico, epistemológico, que Goldschmidt, Cernelutti, Sauer e outros propugnavam na primeira metade desse século, não mereceu a atenção que lhe era devida pelos seus pósteros, talvez por uma natural disposição que se costuma notar nos processualistas a abandonarem o trato habitual dos problemas técnicos da Dogmática em favor do questionamento dos aspectos filosóficos do seu objeto de estudo (Uma manifestação explícita contra o valor da filosofia para estudo do processo se encontra em Stein, para quem o direito processual é estritamente “técnico”¹⁷).

Assim, por uma circunstância institucional, já que a cadeira integra o currículo mínimo para os cursos de Direito estabelecido pelo Ministério da Educação, há uma produção intelectual na área da Teoria Geral do Processo, visando atender a uma demanda pedagógica. Com isso, um assunto que deveria estar ocupando as mentes mais amadurecidas dentre os estudantes de direito, acaba sendo objeto de estudo e ensino para aqueles que apenas se iniciam na matéria, com pouquíssima noção a respeito do direito material e muitíssimo menos do direito processual, já que os cursos de Introdução e Teoria Geral do Direito, por um defeito de formação, não fornecem conjuntamente aquelas necessárias noções prévias também com relação ao processo. Isso é postergado para o “momento adequado”, a teoria geral do processo, aonde o aluno chega com o entendimento já comprometido com categorias desenvolvidas sem consideração da dimensão processual, na qual ela vai ser introduzida por

16. Nesse sentido, Grunsky, “Möglichkeiten und Grenzen einer allgemeinen Prozessrechtslehre im akademischen Unterricht”, in: *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 85, 1972, pp. 373 ss., autor também da última (e já não muito recente), tentativa de apresentação conjunta de vários ordenamentos processuais (ou “procedimentais”) a partir de seus fundamentos, na Alemanha, na obra *Gundragen des Verfahrenreschts*, Bielefeld, 2ª ed., 1974. Na Itália, destaca-se, de Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1975, que apesar de limitado expressamente ao “ordenamento estatal italiano”, não se limita a tematizar os “processos jurisdicionais” — v. pp. 7 ss. e passim.

17. Cf. o prefácio da 1ª ed. de *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, p. XIV da 3ª ed., Tübingen, 1928. Luis Eulálio de Bueno Vidigal relata o desprezo que teria Liebman para com a filosofia jurídica no estudo do processo, vide *Revista de Processo*, vol. 43, 1976, p. 181.

uma “via de acesso inacessível”, por ainda não estarem ambos, o estudante e o objeto de estudo, devidamente formados.

A elaboração, contudo, de categorias jurídicas adequadas ao estudo e compreensão do fenômeno processual para lá de um determinado ordenamento em vigor, aptas a captarem manifestações desse fenômeno também fora do âmbito jurisdicional, permanece ainda uma promessa incumprida da ciência do processo para a ciência jurídica.

Também didaticamente se espera que a perseguição desse ideal possa corrigir distorções na visão parcial e cindida que se transmite aos acadêmicos de Direito, no sentido de uma visão unitária do fenômeno jurídico, em suas dimensões material e processual, para se oferecer aos principiantes uma Introdução ao Estudo do Direito também processual, e para os concludentes e pós-graduandos uma Teoria Geral do Direito igualmente unificada.

Nossa proposta de estudo da TGP, como disciplina vestibular a cursos posteriores de processo, vai no sentido de tomá-la, principalmente como uma Introdução ao Direito Processual, oferecendo noções básicas para o entendimento dessa matéria, que apresenta uma feição própria, se confrontada com outras áreas do direito. Trata-se, portanto, de um estudo complementar ao de Introdução ao Direito, já que essa disciplina costuma ser ensinada de uma perspectiva não processual, mais ligada ao Direito Civil. Como a Introdução ao Direito, também uma introdução ao direito processual possui aquele “caráter epistemológico” referido por A. L. Machado Neto, por não ser propriamente uma ciência (em grego antigo, *episteme*), mas sim o estudo (“*logia*”) de uma ciência, no caso, a ciência processual. Sua missão é fornecer elementos para tornar o aluno apto a estudar o Direito Processual, familiarizando-o com os conceitos fundamentais da matéria, especialmente aquele que constitui o seu objeto, o processo, a fim de que possa entender o papel que lhe está destinado no âmbito do direito como um todo, e também na sociedade onde esse se insere. Trata-se, ainda, de fazer uma introdução ao pensamento jurídico-processual, enfatizando peculiaridades diante do pensamento jurídico em geral e familiarizando o estudante com Escolas desse pensamento processual, bem como com o nome e obra de estudiosos que foram importantes para o seu desenvolvimento, a quem eles deverão tomar em conta, se quiserem adquirir proficiência nos estudos processuais.

Uma última observação se faz necessária. O processo a ser abordado seria o processo judicial, aquele utilizado no exercício da função ju-

risdicional do Estado, embora se deva procurar fazer uma apresentação das diversas modalidades de processo, judicial ou não. E mais. Dentre os vários processos judiciais, tome-se assumidamente como paradigma o processo civil, e, em especial o processo de conhecimento, sem prejuízo de referências ocasionais aos outros tipos de processos judiciais, cuja estrutura é tão diversificada, que dificulta a elaboração de uma teoria geral mesmo no âmbito de um mesmo ordenamento processual civil.

BIBLIOTECA DE "DIREITO ALTERNATIVO"

Coordenadores: Prof. Amílton Bueno de Carvalho
Prof. Edmundo L. de Arruda Jr.
Prof. Horácio W. Rodrigues
Prof. Sílvio Chagas

Relação de Obras Publicadas

1. *Lições de Direito Alternativo 1*
2. *Direito Alternativo na Jurisprudência*
3. *Magistratura e Direito Alternativo*
4. *Ministério Público e Direito Alternativo*
5. *Lições de Direito Alternativo 2*
6. *Revista de Direito Alternativo (anual)*
1992 — vol. 1
1993 — vol. 2
1994 — vol. 3
1995 — vol. 4
7. *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*
8. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*
9. *Lições de Direito Civil Alternativo*
10. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*
11. *Lições Alternativas de Direito Processual (Civil, Penal e Trabalhista)*
12. *Lições de Direito Alternativo do Trabalho*
13. *Lições de Criminologia Crítica e de Direito Penal Alternativo* — no prelo

Na Biblioteca de "Direito Alternativo" e na "Revista de Direito Alternativo" (anual), desta Editora, publicam-se dissertações, teses, livros didáticos, manuais de cursos, coletânea de palestras e conferências proferidas em seminários ou simpósios, promovidos por instituições, associações ou faculdades, e ainda artigos, pareceres, sentenças ou acórdãos, relevantes e inovadores, nas áreas do Direito Alternativo.

Envie cópia do seu texto à Editora para publicação.

EDITORA ACADÊMICA
Rua Planalto, 81 - Jd. Presidente Dutra
Guarulhos - SP - Cep: 07171 - 130
Fone.: (011) 688 - 0536 - Fax (011) 688 - 0536