

PERSPECTIVAS DO DIREITO PARA O TERCEIRO MILÊNIO

José Augusto Delgado

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Professor de Direito Público e Sócio Honorário da
Academia Brasileira de Direito Tributário.*

1 - INTRODUÇÃO

Um assunto que preocupa, ultimamente, os doutrinadores de Ciência Política é a complexidade que será vivenciada pelo Estado neste final de Século e, conseqüentemente, qual o rumo que o Terceiro Milênio irá imprimir nas relações do homem com o homem e com as Instituições, considerando-se as suas necessidades sociais e a convivência com o avanço tecnológico alcançado pela era contemporânea.

A pesquisa na busca de estabelecer previsões em tal campo abrange, por um imperativo lógico, a questão relativa ao modo como o Direito irá gerir os fenômenos desse período, com o estabelecimento de regras que sejam capazes de atender aos anseios dos cidadãos.

O propósito de se fixar diretrizes para a função do Direito no Século XXI não pode ser realizado sem se passar pelo conceito atual das funções do Estado, considerando-se as influências exercidas pelos fenômenos da globalização dos mercados e das conquistas alcançadas pelo cidadão no tocante ao respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

Não pode deixar de ser realçada a supremacia dos fatos que envolvem o momento contemporâneo e que, ao se imporem sobre a atuação da humanidade, exige uma reflexão ativamente verticalizada sobre as

inúmeras e variadas funções do Estado. Em razão dessas circunstâncias, a estrutura das atividades estatais sofre os efeitos das veementes e rápidas mudanças sociais, econômicas, religiosas, políticas, educacionais e tecnológicas que o mundo experimenta.

Surge, como primeira consequência dessa situação, a preocupar a Ciência Jurídica, um descompasso entre a atuação dos agentes públicos responsáveis pelo comando dos Poderes do Estado e o modo como os fatos administrativos passam a ser concebidos e executados, em face do acúmulo de tarefas que eles têm a cumprir e de não disporem de meios e de tempo necessários para um aprofundamento analítico dos crescentes e intensos problemas consumidos pelo momento contemporâneo.

O retrato dessa situação não deve, contudo, cultivar uma postura de isolamento sobre os problemas presentes e de se defender o afastamento do administrador e da coerção do Direito do envolvimento com tais trepidações incrustadas na instituição estatal e nos grupos sociais que a formam.

Impossível se dissociar do âmago desse fenômeno a responsabilidade que ambos têm (os agentes do poder e o Direito - o primeiro, como sujeito ativo produtor do ato e responsável pela execução do fato; o segundo, por ser disciplinador, em tese ou de modo concreto, da conduta compatível com o que se encontra assentado no ambiente onde ele se desenvolve) para que o Estado cumpra a sua função conforme o desejo dos seus súditos.

Certo é, também, a constatação de que há, por outro ângulo, uma certeza angustiante de que os atuais agentes públicos não demonstram suficiente sensibilidade, ao desempenharem suas atribuições administrativas, no rumo do desenvolvimento de uma conscientização capaz de mudar a imagem do Estado perante o cidadão. As pesquisas de opinião estão a demonstrar que o Estado não se apresenta com forte grau de confiabilidade pelos variados estamentos do grupo social, visão que abarca os três Poderes que o compõe: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Tenho afirmado e defendido que os resultados dessas ponderações determinam uma análise que deságua não só no repensar do ofício atual do Estado e das entidades de direito que o regem, provocando uma mobilização de idéias e de recursos científicos voltados ao melhoramento do seu aparelho administrativo, em todas as formas de sua manifestação junto ao cidadão, bem como, imprimindo uma nova feição ao sistema a ser adotado, na busca da certeza de que há de ser feito um acentuado esforço no sentido do

auto-aprimoramento da relação que existe de modo vinculado e hierárquico entre a atuação estatal e as necessidades de se cultivar a cidadania.

A ciência que estuda o Estado em todos os seus ângulos não pode ficar indiferente à crítica generalizada de que o entregar da prestação estatal, via ação administrativa, encontra-se enfrentando uma crise existencial de larga repercussão. Esse posicionamento cultivado na intimidade do agrupamento humano gera a consequência de se investigar os motivos desse conflito e de se sugerir, no campo da Ciência do Direito, a criação de condições capazes de atenuá-lo, a fim de que se realize, urgentemente, modificações nos procedimentos administrativos que evitem o distanciamento existente entre os anseios do cidadão e a atuação do Estado.

A realidade está a demonstrar que o Estado de hoje apresenta-se sem condições de resolver sérios problemas que estão afetando a humanidade. Os resultados das pesquisas mais recentes atestam, por exemplo, a expansão do desamparo aos menores, em proporções alarmantes e que atemorizam os dias futuros de tais seres componentes da sociedade e responsáveis pelo amanhã das instituições.

Entidades que se dedicam a prestação de assistência aos menores em situações de desconforto familiar, de saúde e educacional têm revelados números que, pelas expressões contidas, fazem crescer os nossos temores pelo tipo de cidadania que o Estado está criando para ser cultivada pela sociedade.

Registre-se que, segundo colheu a imprensa em tais fontes, há, no momento atual, neste final de Século XX que convive com a mais avançada tecnologia já conhecida pelo homem, o seguinte quadro referente aos menores abandonados:

- a) Só no Brasil há, no mínimo, 250.000 menores prostitutos.
- b) O Canadá convive com milhares de adolescentes que são prostituídos por quadrilhas de proxenetas.
- c) Identificou-se na China a existência de 200.000 a 500.000 menores prostitutos. Em anos recentes, cerca de 5.000 meninas chinesas foram engodadas a cruzar a fronteira e vendidas como prostitutas em Mianmar.
- d) Na Colômbia, o número de crianças exploradas sexualmente nas ruas de Bogotá quintuplicou nos últimos sete anos.

- e) Os Estados Unidos, segundo fontes oficiais, não estão conseguindo resolver o problema de mais de 100.000 crianças que estão sendo exploradas sexualmente.
- f) A Europa Oriental busca solução para 100.000 crianças de rua. Muitas são mandadas para bordéis da Europa Ocidental.
- g) Nas Filipinas, há 40.000 crianças sem qualquer proteção do Estado e de suas famílias.
- h) Constatou-se que, na Índia, 400.000 menores trabalham na indústria do sexo.
- i) Em Mianmar: 10.000 meninas e mulheres são transportadas para bordéis da Tailândia, a cada ano.
- j) Em Moçambique, as entidades assistenciais acusaram as tropas da ONU, enviadas para manter a paz no país, de explorar crianças para fins sexuais.
- l) Em Sri Lanka: 10.000 crianças entre 6 e 14 anos acham-se escravizadas nos bordéis e 5.000, de 10 a 18 anos, trabalham por conta nos balneários turísticos.
- m) A Tailândia tem 300.000 crianças abandonadas.
- n) Em Taiwan (Formosa), 30.000 crianças estão viciadas em sexo.¹

¹ a) Magadalena, 14 anos, foi seduzida pela oferta de um emprego de anfitriã numa cervejaria de Manila, nas Filipinas. Serviço: levar fregueses para o quarto: média 15 por dia; aos sábados 30.

b) Sareoun era órfão e menino de rua em Phnom Penh, Camboja. Tinha sífilis e era conhecido por morar com estrangeiro. Deram-lhe um quartinho para morar, num pagode, com um ex-monge. O homem era um proxeneta. Arranjava fregueses para Sareoun.

(Dois, entre tantos outros problemas, abordados no fim de agosto de 1976 pelo Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual Comercial de Menores).

Abertura do Congresso: Primeiro Ministro Sueco, Goran Persson, qualificou essa exploração de “a mais brutal, a mais selvagem e revoltante categoria de crime.” Uma representante das Nações Unidas disse que “é um ataque às crianças em todas as frentes..., é totalmente vil e é a mais baixa violação dos direitos humanos imaginável.” “Seu alcance é transnacional, seu impacto atravessa gerações”.

Obs. Acredita-se que um milhão de menores entrem no mercado multidibilionário, ilegal, do sexo, a cada ano.

Obs. Relato contido no relatório Kids for Hire (Crianças de Aluguel): exemplo da brasileira Kátia, de seis anos. Detida por um policial, ele a forçou a praticar atos indecentes e ameaçou matar a família dela, caso ela contasse o ocorrido ao chefe dele. No dia seguinte, ele voltou com mais cinco homens, todos querendo que ela fizesse a mesma coisa com eles.

Obs. Suécia há o Children’s Ombudsman (Ombudsman do Menor). Aponta o turismo com uma das causas principais da elevação da prostituição infantil.

O Estado a tudo assiste e, não obstante estabelecer políticas sociais voltadas para o setor, são insignificantes os resultados positivos obtidos.

É evidente que o Direito, como ciência reguladora da conduta do ser humano em sociedade, há de se voltar, com maior vigor para o problema, e procurar meios de impor a sua força, apoiado por regime de plena democracia, para fazer com que tais fenômenos diminuam os seus efeitos catastróficos sobre a convivência social.

Não se pode, também, deixar de se fazer alguma consideração sobre a impotência do Estado em combater o desenvolvimento do delito em sua base territorial e na sua mais nova forma de apresentação: o crime globalizado.

O crime globalizado é uma realidade da era contemporânea e que tem preocupado os responsáveis pelos destinos das Nações.

João Benedicto de Azevedo Marques, em artigo publicado na Folha de S. Paulo (14.01.97), sob o título *A prevenção do crime globalizado*, faz afirmações que bem refletem o avanço desse tipo de comportamento humano:

“O perfil da criminalidade está rapidamente se alterando neste final de século. A criminalidade violenta, decorrente de abissais desigualdades sociais e de um processo de aceleração e desestruturada urbanização, hoje se encontra organizada e internacionalizada.

Assim como a economia, o crime se encontra em processo de globalização. As organizações criminais não mais se limitam a uma base territorial. A começar pelo narcotráfico, o crime organizado movimenta, hoje, enorme quantidade de dinheiro, por intermédio do sistema financeiro internacional.

Corrupção, jogo ilegal, prostituição seguem o mesmo fluxo. Estas atividades criminais geram um tipo de violência antes desconhecido. Além do mais, degradam as comunidades,

Obs. A revista norte-americana Newsweek, na edição de 16 de agosto de 1993, publicou uma reportagem intitulada “Os sacerdotes e o abuso” abordando “o pior escândalo clerical da história moderna da Igreja Católica dos EUA.” Declarou: “Embora haja denúncia contra estimadamente 400 sacerdotes deste 1982, alguns eclesíásticos fazem uma projeção de que até 2.500 sacerdotes molestam crianças ou adolescentes....” “Outras religiões no mundo estão na mesma situação.

esgarçando o tecido social e criando um clima de anomia e insegurança.

Para enfrentar esses desafios e aprimorar as instituições e ações brasileiras e latino-americanas na esfera do controle e da prevenção da criminalidade, é necessário, em primeiro lugar, compreender esses novos fenômenos.”

O Direito a ser aplicado no início do Século XXI há de dispor de regras que impeçam o avanço da globalização do crime. Conceitos como o de soberania estatal, limites territoriais, crimes políticos e hediondos exigirão um aprimoramento para se adaptarem a essa nova tipologia de delitos.

Fenômenos de variadas espécies surgiram neste final de Século e estão sendo desafios para a Ciência Jurídica. A humanidade lança indagações sobre o futuro e chega até a duvidar da sua existência e o que lhe está reservado, face os temores possuídos sobre o reservado pelo amanhã.

A imprensa cultiva essa apreensão e faz aumentar o medo das pessoas, diminuindo as esperanças de uma era mais tranqüila de que a que está vivendo os seus dias finais.

Recentemente, alguns jornais brasileiros publicaram a tradução de entrevista concedida pelo grande historiador francês Georges Minois, autor de *Histoire de l'Avenir* (História do Futuro), publicado pelas Fayard em 1996, onde a preocupação com o que vai acontecer no Terceiro Milênio foi uma presença constante.

Uma das perguntas formuladas ao historiador foi a seguinte: “ Seu último livro, recém-lançado (História do Futuro), termina com esta frase: “O homem do ano 2000 não espera mais grande coisa do futuro...”Que foi que o senhor quis dizer com isso? ”

O entrevistado respondeu com uma dose de pessimismo. Disse:

“- Um dos traços mais surpreendentes deste nosso fim de milênio, é de fato, a tristeza generalizada. O contraste com o final do século XIX é evidente. Havia, então, uma proliferação de vaticínios, ótimos na maior parte. Achava-se que a ciência traria bem-estar para todos, que o progresso social iria instaurar a igualdade. O século XX reduziu tais esperanças a nada. Nossa época, desorientada pelas catástrofes do século e pela complexidade atual do mundo, não chega sequer a formar uma imagem coerente de seu futuro.”

Vê-se que, a se concretizar a profecia do mencionado historiador, ao Direito irá caber a penosa tarefa de fazer com que os anseios dos cidadãos sejam atendidos, especialmente, no tocante a fazer crescer o movimento já iniciado pelas Nações cultoras da democracia de fortalecer o princípio da isonomia.

O mundo recebeu com perplexidade, nos últimos dias, a notícia do desenvolvimento alcançado pela ciência no referente ao fenômeno da clonagem de animais.

A imagem de DOLLY, ovelha obtida pelos pesquisadores escoceses a partir da célula de uma ovelha adulta, produz apreensões de ordem religiosa e filosófica e que penetram no mundo do direito como sendo um fato concreto e que urge a sua disciplina com urgência. O ocorrido está gerando uma indagação instigante: é possível criar clones de seres humanos a partir de células de um adulto? A hipótese gera discussões apaixonadas sobre os riscos sinistros da clonagem de humanos, suscitando preocupações ontológicas e incentivando o estabelecimento de princípios pela Ciência Jurídica a serem aplicados a tais situações.

Em um outro ângulo, o Direito do Terceiro Milênio deve se preparar para aperfeiçoar as suas regras sobre como cuidar dos relacionamentos humanos decorrentes do desemprego. Só no Brasil, atualmente, calcula-se a existência de mais de um milhão e 300 mil desempregados. Os conflitos gerados por tal situação e o modo de regulá-los são desafios crescentes do final do Século e que o homem do Terceiro Milênio espera ver uma solução a respeito.

A problemática social se agiganta nessa quadra do tempo onde a contagem regressiva para a mudança do Século já começou.

Em recente acontecimento literário, em Brasília, foi publicado o livro intitulado *Da utopia à exclusão - Vivendo nas ruas de Brasília*, da autoria de Carlos Henrique de Araújo e Marcel Fursztyn, onde é mostrado o drama vivido pelos cidadãos que, atraídos pelas esperanças sugeridas pela imagem da Capital da República, nela aportaram.

Destaque-se da obra o prefácio apresentado pelo Prof. Cristovam Buarque, ex-Governador de Brasília, que contém radiografia autêntica da realidade vivida pelo ambiente social que se desenvolve neste final de Século.

“O DIÁSPORA DA MORDENIDADE - O final do século está apresentando diversos sustos para quem conhece os sonhos previstos para o ano 2000. Entre estes, poucos surpreendem tanto

quanto a existência de centenas de milhões de nômades perambulando por estradas, entre ruas, cidades e mesmo continentes. São os modernômades.

O sedentarismo foi a primeira das opções modernizadoras da civilização. No ano 2.000, símbolo da realização civilizatória, temos um número muito maior de nômades do que há cem séculos, quando o homem começou sua marcha para a civilização. Entre o Zaire e Ruanda, entre a África e a Europa, entre o México e os Estados Unidos, do campo para a cidade ou dentro de qualquer grande cidade do mundo, famílias se locomovem sem um lugar onde ficar.

O final do milênio é um tempo de pessoas sem endereço. Com a diferença de que, agora, a migração é provocada pela riqueza que atrai os pobres esquecidos no mundo e pela própria criação da riqueza que, ao chegar, expulsa, em vez de conter os habitantes das regiões esquecidas.

Na maior parte dos casos, a migração não é provocada pela atração do desenvolvimento em regiões distantes, como entre os Estados Unidos e o México, mas sim pela expulsão que o desenvolvimento provoca nas regiões em que ocorre.

No final do século, o desenvolvimento é excludente, restrito a apenas uma parte da população; e é, portanto, um elemento gerador de migração forçada. Dez mil anos depois de começar pela revolução sedentária, o desenvolvimento atual cria nômades: pelas grandes obras que desalojam, pela automação que desemprega, pela agricultura modernizada.

Brasília é um símbolo desse século que se termina e também um exemplo dos problemas da migração moderna, um caso típico da convivência do moderno com o nomadismo. Por isso, "Da Utopia à exclusão - Vivendo nas ruas em Brasília", de Carlos Henrique Araújo e Marcel Bursztyn, é um livro exemplar dos tempos atuais.

A obra mostra a realidade dessa cidade-símbolo do progresso brasileiro, como um local em que os modernômades vivem, perambulando, como há milhares de anos outros seres humanos faziam para sobreviverem. Mas, diferentemente dos nômades, os modernômades são produzidos pela modernidade e

vivem da modernidade. Vieram para Brasília expulsos pela modernização em suas localidades de origem, atraídos pela modernização que fez a nova capital - mas nela não se integra socialmente, passando a viver do lixo que a modernidade produz.

Um recente livro de Flávio Paiva, "A odisséia dos cabeças-chatas", já antecipava isso, ao mostrar a viagem de um grupo de retirantes que vão do Ceará para São Paulo nos novos anos 90. Mas, diferentemente dos anos 50, 60 e 70, já não encontram emprego e regressam, num ônibus que vai se deteriorando pelo lixo interno que os viajantes pobres vão produzindo com as cascas de frutas, as fezes de crianças e de doentes. No desenvolvimento globalizante e excludente dos tempos atuais, o velho 'pau-de-arara' é substituído pelo ônibus moderno, mas o ônibus não é mais um meio de transporte para um mundo melhor: ele é o próprio mundo dos excluídos, circulando à margem do progresso que serve apenas uns poucos.

"Da utopia à exclusão" é um livro básico para se entender de que maneira a modernização ocorre nesta cidade-símbolo da modernidade brasileira, mas é um livro que os toca pelo realismo como a realidade é descrita. Diferentemente da frieza com que outros cientistas tentam mostrar a realidade, aqui os dois autores mostram o real como ele ocorre. E mostram uma nova realidade do desenvolvimento, da modernização.

Até recentemente, os migrantes buscavam, não apenas a chance, mas o conseqüente emprego e renda que os novos centros de desenvolvimento naturalmente ofereciam. Agora, em Brasília, nossos migrantes já não vêm em busca de emprego e renda que eles sabem que não vão conseguir. Vêm em busca do lixo e da modernidade.

Estamos diante da primeira geração de migrantes claramente excluídos: os modernômades, que migram sabendo que continuarão nômades mesmo depois de chegarem aos seus destinos. Migrantes permanentes que viverão do que sobra na modernidade: conscientes de que serão sempre excluídos, só que excluídos sem fome, graças à comida que encontram no lixo, graças à venda de resíduos que os modernos jogam fora.

São modernômades - nômades criados pela modernidade - e lixíveros - porque vivem do lixo dos sedentários da modernidade."

Na circunferência de tais questionamentos são identificados os que não são resolvidos de modo isolado e unicamente por parte dos agentes públicos, por dependerem de regras oriundas do ordenamento jurídico adotado pela Nação. Há, porém, muitas outras situações que, para serem solucionadas a contento com a aspiração do cidadão, se subordinam, unicamente, ao atuar individual ou grupal do administrador, pois, sendo ele o instrumento determinador da realização da vontade do Estado, tem, conseqüentemente, conhecimento das circunstâncias que as envolvem e das técnicas a serem utilizadas ao enfrentá-las.

Particularizando o último tópico acima referido, penso que o agir de modo melhor, por tais sujeitos ativos, depende do aperfeiçoamento que busquem alcançar e da consciência que tenham da necessidade de serem conhecidas e entendidas as dificuldades existentes na era contemporânea, por ajudar a melhor exercer o trabalho que lhes é entregue.

Necessário, porém, que exista regras de Direito com capacidade de fazer despertar os responsáveis pela atuação do Estado para o cumprimento de ações que atenuem os problemas já mencionados e outros de características diferentes, para o bem social.

A sociologia identifica que os grupos humanos de hoje se encontram envolvidos por uma intensidade de fatos ocorrentes nos seus ambientes e com reflexos diretos no indivíduo, produzindo conseqüências concretas de larga repercussão. Esses acontecimentos, por se apresentarem circulados por raios econômicos, religiosos, políticos, financeiros, tecnológicos e familiares, detonam um constante desassossego que se setoriza na relação do administrado com o Estado, exigindo que o Direito imponha regras que resultem em uma convivência harmônica da população.

Em trabalho de minha autoria sob o título *Perspectivas do Direito Administrativo para o Século XXI*,² afirmei: “

“A multiplicidade dessas situações acelera a atuação dos responsáveis pela visão dinâmica do Estado, bem como impõe que soluções sejam encontradas no seio do Direito e implantadas no ordenamento jurídico

² Artigo publicado em *Perspectivas do Direito Público*, obra coletiva coordenada por Carmen Lúcia Antunes, Ed. Del Rey, 1995.

positivo , tudo visando à produção de realizações compatíveis com as necessidades decorrentes das pretensões do homem moderno.”

Deriva do analisado e narrado um porte assumido pelas pessoas no sentido de ordenar, em grau nunca feito outrora, aos responsáveis pela ação dos órgãos públicos , um atuar revestido de uma nova fisionomia, um exercício do seu papel finalístico, visando a não deixar os fatos se desenvolverem, sucessivamente, sem que passem a ser acobertados por um regramento legal dotado de eficácia e de efetividade para que solucione os enigmas vividos, como único modo de imposição de segurança na convivência do homem com o homem, do homem com o grupo social, do grupo social com os vários estamentos que o compõe, dos estamentos sociais entre si, enfim, do homem e do grupo social com o Estado, este voltado, em qualquer de suas ações, em garantir os postulados defendidos nos limites do regime democrático.

A realidade que se apresenta não conduz a sociedade humana a conviver sem protesto com as dificuldades que lhe cercam, sob pena de aceitar, pacificamente, o domínio dessa conjuntura imposta pelo Estado e que, ao meu pensar, o seu continuísmo provocará graves danos às gerações futuras.

Urge, portanto, que o Estado seja atualizado, no que se tem necessidade de buscar apoio nos postulados da Ciência Jurídica e, de modo muito especial, no Direito Constitucional e no Direito Administrativo.

O exame do que ocorre ao nosso redor nos coloca em atitude de impaciência e até a se querer pensar na existência de uma ociosidade dos pensadores e dos construtores dos princípios jurídicos, tudo aliado a omissões políticas dos responsáveis pela existência e funcionamento do Poder.

Um estudo mais aprofundado do pensamento da atualidade revela, porém, que não é isso o corrente. Não há entrega ao domínio de não se querer o que é inovador, nem ausência da utilização dos instrumentos de avaliação por parte da elite cultural dominante e encarregada da missão de acompanhar a evolução dos fatos e de fazer com que o Direito, de forma real e positiva, os regule adequadamente. Há, por parte dos condutores desse processo, uma certeza de que se torna indispensável se demandar mais da criatividade da ciência jurídica e que os interesses não fiquem em estado germinativo de conflitos, sem uma contribuição na implantação de segurança no conviver social do próximo Século XXI.

Há necessidade de serem contornadas sérias dificuldades que se avolumam no curso do caminho a percorrer.

De partida, há de se contemplar o ambiente continental com maior confiança no atuar do homem aficcionado aos planos da axiologia. É instável, inseguro e não provocador de incentivos a aceitação de um panorama de que o Estado está sendo dirigido por agentes corrompidos. Além de injusta a generalização desse afirmar, o acolhimento dessa atmosfera inibe a luta do pesquisador do direito, dificultando a sua produção científica e, conseqüentemente, o impedindo de pensar tão suficientemente quanto decorre da exigência dos dias atuais.

O analista e estudioso dos afazeres estatais não aceita como verdadeira a imagem que se faz, por exemplo, de “uma atmosfera intoxicada pela propaganda da nova ordem mundial que pretende colocar a América Latina em condições piores que as do período histórico de sua independência, porque sem o contrapeso que na época encontrou na ação dos Estados Unidos” (Heráclio Sales, em artigo intitulado *Doutrina Corrompida*, *Jornal do Brasil*, 16.04.92, 1º Caderno, pág. 11).

A pesquisa deve ser sediada na busca de descobrir soluções no campo das ciências não exatas, especialmente, no da jurídica, que acompanhem a evolução do que acontece e que contribuam na implantação de uma Nação desenvolvida e em um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos coletivos e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, conforme previsto no preâmbulo da Constituição Brasileira e que serve de pórtico às demais Constituições Democráticas.

O Estado convive e se depara com um fim de século onde, ao lado dos maiores avanços tecnológicos jamais conhecidos pela humanidade, há de conviver com fenômenos graves do passado, fenômenos que só tiveram vida no início da era atual, como é o caso dos sérios conflitos de saúde, como o cólera e a aids, da violência nas cidades, da ausência de um programa de saúde pública preventiva, da formação de grupos que, por vínculos com o tráfico de drogas e com crimes organizados, atuam, em determinados setores, como se Estado fossem, ações todas atentatórias ao direito do exercício da cidadania e à dignidade da pessoa humana, tudo em decorrência de omissão das autoridades administrativas em tomar as

providências exigidas em cada caso e no sentido de adotar ações geradoras de estabilidade no contexto social.

O avanço tecnológico e os demais aspectos aqui superficialmente registrados, todos como exemplos de vários outros, díspares em seus conteúdos de modernidade, exigem participação do Estado e do direito na imposição de regras delimitadoras das condutas das partes com eles envolvidos e na fixação de responsabilidades.

O Estado de hoje não tem condições de viver indiferente, por exemplo, aos processos atômicos, por ser obrigado a se dedicar, com forte participação, a tudo que possa ocorrer, por exemplo, do funcionamento das usinas nucleares.

Esses mesmos interesses envolvem dificuldades outras que estão afetando os relacionamentos entre as pessoas e a coisa pública, em decorrência da inércia dos sujeitos ativos administrativos, por ser objetivo estatal o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme contido no art. 3º, IV, da nossa Carta Magna), uma vez que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, regra impositiva também constante no art. 196, da Constituição Brasileira em vigor.

A Nação, neste apagar do Século XX, exige que sejam criadas regras impositivas ao Estado para que, ele atuando, faça desaparecer, através de medidas administrativas, as graves condições sanitárias existentes em determinadas áreas habitadas por milhares de famílias, sob pena de, ao permanecer o clima atual de insensibilidade a essas questões, ser considerado como sem condições de alcançar os objetivos determinadores da sua existência.

O Estado da atualidade há de modificar os seus mecanismos de atuação e, não obstante ter de diminuir o seu tamanho, ser mais forte no trato das situações assíduas de instabilidade ocorrentes nos dias de hoje e suportadas por seus súditos sejam afastadas e cedam lugar a estabilidade querida e necessitada pelo cidadão do fim deste Século e do próximo Século XXI.

Imprescindível que os relacionamentos entre os Poderes evoluam no sentido de fixação de co-responsabilidades em muitas das realizações

administrativas que obrigatoriamente desempenham. Tais fatores conduzem os pensadores a reverem o papel atual do Estado e a terem uma súbita preocupação com as transformações que necessitam ser implantadas em várias de nossas entidades administrativas e jurídicas vigentes e com a feição a ser dada às que necessitam ser criadas, com o intuito de que o teor axiológico do Direito se torne cada vez mais produtor de ações que atinjam o bem comum.

As reflexões acima postas buscam defender e demonstrar que existe uma absoluta conscientização de se repensar o Estado e recolocá-lo, de forma sistematizada, em um processo de evolução que o seu agir se destine a produzir atos eficazes e de efetividade concreta quanto ao bem estar do cidadão.

De há muito não se nega que o Estado é uma instituição indispensável na manutenção do relacionamento entre os homens e destes com as entidades que os envolvem. Em razão dessa sua posição como condutor de tal comportamento de todos os homens, exige-se dele cada vez mais que compreenda as regras atuais da vida em coletividade, onde ao lado do amor e da bondade há a presença constante da ganância, da injustiça individual, do desequilíbrio social, do ódio, da vingança, da maldade, da violência gerando pretensões que afetam o equilíbrio da convivência humana.

O Estado, após essa identificação do que se espera da sua missão na atualidade e de se ter radiografado a distância que cada vez mais o separa do cidadão, há de ser convencido que não pode se circunscrever a considerar-se como simples mensageiro de uma ação que tem, apenas, a finalidade maior da implantação da paz e da tranqüilidade entre os homens. Há de se fazer com que o Estado firme uma compreensão alargada dos serviços a prestar e se considere como tendo a missão de realizar o valor específico do bem estar social e da justiça em cada caso concreto examinado, quer atingindo o indivíduo, quer o grupo.”

2 - O DIREITO NO TERCEIRO MILÊNIO. ASPECTOS CONCRETOS.

Uma das preocupações mais acentuadas que envolvem os doutrinadores da Ciência Jurídica, no limiar do Século XXI, é a distância existente entre direito e justiça, por produzir inquietações e incertezas no ser humano e gerar, conseqüentemente, conflitos.

Apreciando a questão, em trabalho sob o título *A Evolução do Direito na Era Contemporânea*, escrevei:

“Os fenômenos que cercam a era contemporânea fazem crescer a distância existente entre direito e justiça, produzindo inquietações e incertezas no ser humano.

Não são fáceis as vias disponíveis na ciência jurídica que contribuam no eliminar ou no atenuar desse conflito.

Considere-se, inicialmente, que o próprio conceito de justiça enfrenta imensas dificuldades, posto que continua em área obscura do conhecimento.

Busca-se desde a antigüidade se firmar uma conceituação segura a respeito do que seja Justiça e não se consegue. Os neopositivistas chegaram a patrocinar que a expressão “Justiça” não tem qualquer razão de ser objeto do investigar científico. O positivismo jurídico entende que a questão da justiça não se posiciona muito além do direito. Kelsen exclui o vocábulo “Justiça” da noção de direito.”

No círculo dessa inquietude conceitual, surge Luiz Cláudio de Almeida Abreu, Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendendo que *“O direito se propõe a realizar o valor específico da Justiça. Ambos estão umbilicalmente ligados, mas são realmente distintos. A Justiça, como valor, só se realiza quando incorporada ao direito; este só existe como corolário da justiça. Nem sempre, porém, a simbiose é perfeita, dadas as peculiaridades de cada obra cultural, sujeita a erros e defeitos em maior ou menor coeficiente.”*³

A dificuldade identificada na atividade dos magistrados é a de tornar realidade, de modo que satisfaça aos atuais anseios dos cidadãos, esse valor específico da Justiça a que se dedica o direito.

A velocidade com que as interações sociais, econômicas, financeiras e tecnológicas acontecem, reclama do magistrado muito mais do que desenvolver estudos que ajudem a aplicar a norma legal, interpretando-a para servir a cada caso concreto, sem qualquer vinculação com o contexto onde o litígio se situa.

O elo puro e simples do juiz com o art. 5º da LICC⁴, na época atual, não satisfaz, com precisão, a entrega da prestação jurisdicional. Do juiz de hoje se solicita muito mais. A evolução do direito da cidadania não se contenta, na atualidade, que o juiz seja, apenas, um cumpridor dos valores

³ In *“O Direito e a Justiça”*, art. publicado no Suplemento *“Direito & Justiça”*, do Correio Braziliense, 28.8.93, p. 6.

⁴ *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”*

dominantes e que desenvolva de modo regular as suas atribuições. Há um forte anseio por justiça em cada indivíduo, o que requer uma adequação comportamental do Juiz inclinada em não frustrar a pretensão de cada cidadão.

Entende-se, na atualidade, como comportamento horizontal do juiz, o de atuar dentro dos limites impostos pelos valores dominantes na sociedade. Há de o juiz, portanto, necessariamente, viver de modo honesto, exercer com afinco o seu trabalho, buscar o saber jurídico e o seu constante aperfeiçoamento, não lesar a outrem e de dar a cada um o que é de direito, aplicar a verdade encontrada sem medo, entender a moral dos dias atuais, buscar soluções compatíveis com as circunstâncias experimentadas, tudo isso sem se afastar do ordenamento jurídico.

Não são, porém, somente os valores acima citados que o juiz precisa praticar. Os jurisdicionados não se contentam que o magistrado desenvolva o seu ofício, apenas, como exigido por Hélio Tornaghi, *“para a preservação da justiça, com decoro nas atitudes, com decência nas ações, com seriedade na análise dos problemas, com nobreza no trato, com pundonor, com honra e com altivez.”*

Não basta, hoje, para satisfazer os desejos da cidadania, que o juiz exerça as suas atribuições tendo como paradigma a atuação de Laudo de Camargo, juiz que mereceu de Sobral Pinto a seguinte observação: *“O Ministro Laudo de Camargo realizou na judicatura brasileira, e dentro das contingências inerentes à condição humana, o tipo do juiz perfeito, aquele em que o talento, o saber, a independência, a serenidade, o civismo e a experiência se integraram em proporção adequada”*

A Ciência Jurídica há de contribuir com novas determinações e com o aperfeiçoamento de suas entidades para fazer uma aproximação mais real entre direito e justiça. Da mesma forma, o comportamento da jurisprudência deve buscar esse mesmo estágio.

Tais exigências tomam complexas o atuar do Juiz nos dias atuais. Consciente dessa realidade tenho indagado em meus escritos, por exemplo, a respeito da visão do direito de propriedade neste final de Século:

“Será que a jurisprudência pátria estabelece condutas justas quando o litígio envolve o direito de propriedade e o direito de vida, cuja solução só poderá ser dada mediante uma opção entre um ou outro?”

Cedo espaço, na busca de uma eficaz resposta, à doutrina de Fábio Konder Comparato:

“A Constituição de 1988 abre-se com a declaração solene de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, cujo objetivo final é a realização de uma vida digna para todos os que habitam em solo brasileiro. Há, pois, em primeiro lugar, a consagração do direito à vida, como fundamento último de todo o sistema jurídico. Ora, a vida humana não é apenas suprimida de modo súbito e violento, mas pode também ser sufocada dia a dia pela fome, a doença e a miséria.”

Mais adiante, conclui, afirma Fábio Konder Comparato:

“No sistema constitucional, portanto, a propriedade não é um direito-fim, mas um direito-meio. É garantida como meio de preservação de uma vida digna para todos, mas não pode ser protegida quando se transforma em instrumento de exclusão de trabalhadores. Por isso mesmo, quando a Constituição determina, no capítulo dos direitos fundamentais, que “a propriedade atenderá a sua função social”, ela está obviamente atribuindo aos despossuídos o direito de exigir do proprietário o cumprimento desse dever fundamental.”

A questão ambiental, por sua vez, está presente nas mais recentes preocupações da Ciência Jurídica, face a consciência assentada no espírito humano de que se está vivendo uma crise ecológica.

O direito, não obstante as regras já postas para preservar a natureza, há de muito fazer para contribuir a garantia desse bem fundamental para a vida do cidadão.

Al Gore, Vice-Presidente dos Estados Unidos, na obra de sua autoria *A Terra em Balanço*, alerta o mundo de que “as máquinas da civilização humana colocam-nos à beira da catástrofe”, segundo observação feita a respeito pela Revista Time.

É o direito que tem a obrigação de impor condutas ao ser humano que adotem uma reformulação radical na relação que tem com a natureza, afim de preservar a ecologia da terra para as futuras gerações.

Na introdução da referida obra, Al Gore adverte:

“A estrutura da civilização está-se tomando extremamente complexa, mas, conforme aumenta essa complexidade, sentimo-nos cada vez mais distantes de nossas raízes da terra. Em certo sentido, a própria civilização está em meio a uma jornada - de seus alicerces no mundo da natureza, rumo a um mundo cada vez mais planejado, controlado e manufaturado, baseado em um projeto, às vezes arrogante, de nossa própria autoria. E, a meu ver, o preço tem sido alto. Em algum ponto desta jornada, perdemos nosso sentimento de integração com o restante da natureza. Hoje ousamos nos questionar: seríamos nós tão diferentes e poderosos a ponto de ficarmos essencialmente dissociados da terra?”

O Direito do próximo milênio não pode fugir a essa realidade. Ele é quem deverá impor condutas aos homens para que, apesar da gravidade da crise ecológica, continue aberta a esperança de um meio ambiente melhor e mais útil à nossa saúde e das gerações futuras.

Aproveitando palavras contidas na mensagem de Al Gore, datada de 16 de setembro de 1992 e inscrita no prefácio da mencionada obra, evoca-se a certeza de que os “construtores e operadores do direito do Século XXI” assumirão um “compromisso com a saúde, segurança e futuro de nossos filhos” e compreenderão “que o mundo não pertence a qualquer nação ou geração” pelo que tudo farão para “proteger e preservar o meio-ambiente deste nosso lar planetário.”

A propriedade no Terceiro Milênio há de ser regulada pelo direito de acordo com os anseios e necessidades do cidadão, permitindo-se que o Estado, de modo legítimo, a discipline para alcançar essa função.

José Carlos Graça Wagner, em trabalho intitulado *A Propriedade Amanhã*, publicado na obra coletiva *Estudos sobre o amanhã - Ano 2000*, após analisar o que espera que seja a propriedade no próximo século e o seu controle pelo Estado, afirma às fls. 78/79:

“No mundo de hoje, face à tendência da exasperação do papel do Estado dentro da sociedade, caminha a humanidade para dar ao Estado predominância sobre ela própria.

No momento em que se admitir o Estado como superior ao homem, na hierarquia da existência ou na importância de cada um perante o outro, terá de se admitir o endeusamento do Estado e todos os direitos do homem como concessões do Poder Público. Alegar-se-á que o Estado é necessário à realização de certos fins essenciais ao homem, e nisso é possível um acordo quase geral. Mas o Estado não pode anular o homem sob a

alegação de realizá-lo. Ou, ainda, sob alegação de uma felicidade coletiva, etérea, indefinida, genérica e meramente ideal, anular a felicidade pessoal. Íntimo, interior, individualizado, ou, em uma só palavra, uma felicidade vital. Não há, a nosso ver, contradição real entre o interesse do Estado e o interesse individual. O que há é uma enorme dificuldade dada a relatividade humana no conhecimento da verdade que o transcende - de se encontrar o ponto de equilíbrio entre esses interesses.”

Após tais observações, aponta o seguinte caminho:

“É possível supor que, se a propriedade for disseminada, o poder disciplinador do Estado será legítimo, pois as limitações do uso serão ditadas por um consenso, que visa a favorecer o acesso e uso dos bens necessários à vida. Mas se a propriedade for concentrada, tanto nas mãos dos particulares como nas do Estado, com a conseqüente concentração do poder de decisão sobre o seu uso, a tendência será a concentração cada vez maior do poder de condução da sociedade.”

A solução de tais conflitos só será alcançada com um ordenamento jurídico dotado de regras aperfeiçoadas e expelindo forte eficácia e efetividade.

3 - O DIREITO COMUNITÁRIO NO SÉCULO XXI.

Os fenômenos provocados pela globalização da economia, do lazer, do crime organizado, da informática, extrapolando limites territoriais e sem a homenagem exigida para o direito de soberania das Nações, estão fortalecendo as idéias da corrente que defende o surgimento do Direito Comunitário.

Uma das tendências mais nobres presentes no campo do Direito Internacional Público é a relativa aos princípios informadores do Direito Comunitário, também chamado de Direito Comum das Organizações Governamentais ou Direito Integrado ou Direito Supranacional.

Os acontecimentos já mencionados contribuem para imprimir uma rápida evolução da Ciência do Direito na busca de consolidar o Direito Comunitário e fazer com que ele seja aceito pelas Nações. Eles têm levado a doutrina brasileira, na atualidade, a se mostrar preocupada e inquieta com os novos rumos impostos ao ordenamento jurídico pelo denominado fenômeno da globalização. Este tem produzido efeitos nas áreas sociais, econômicas, educacionais, políticas, tecnológicas e, especialmente, no ambiente jurídico, dando lugar ao surgimento do denominado Direito Comunitário e elevação do

prestígio dos Tratados Internacionais, quando comparados com a Constituição Federal de cada Nação.

A interpretação do Direito Constitucional positivado, em face da concretização dessa realidade, absorve novas técnicas e métodos, renovando o seu modo de agir e procurando caminhar envolvida diretamente com o problema, pensando-o de modo integral e tentando solucioná-lo concretamente.

O método tópico de interpretação constitucional passou, assim, a ser acolhido, pela necessidade de ser adotada, no deslinde do conteúdo da norma concreta, uma conduta que resulte em se chegar ao “problema onde ele se encontra, elegendo o critério ou os critérios recomendáveis a uma solução adequada.”⁵

As transformações ocorridas estão, portanto, exigindo a adoção de novos métodos de interpretação. Na verdade, há de se considerar como adequado o ensinamento de Paulo Bonavides⁶ de que *“Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional. A tópica parece haver chegado assim na hora exata quando as mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põem claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo.”*

O buscado é, rigorosamente, tornar eficaz a Constituição com base nos princípios que regem o Direito Comunitário. Para tanto, urge modificá-la.

Os aspectos jurídicos da tributação, por exemplo, no Mercosul merecem ser examinados à luz das concepções contemporâneas sobre a eficácia dos Tratados Internacionais, especialmente, quando se voltam para disciplinar situações envolvendo a ampliação das dimensões dos mercados nacionais de determinados países, visando acelerar a economia de forma agregada à realização de princípios de justiça social.

⁵ Paulo Bonavides, in *“O Método Tópico de Interpretação Constitucional”* (Revista de Direito Público, n. 98, Abril-Junho de 1991, p. 6 e 7.

⁶ Idem, pgs. 8 e 8.

Identifica-se, nesse processo de globalização da economia, profundas transformações nas relações jurídicas dos países envolvidos e formadores dos Tratados.

O conceito absoluto de soberania submete-se a reflexões revisionistas decorrentes das interferências que a grande aldeia econômica constituída passa a exercer em todos os aspectos internos da vida dos países participantes, com reflexos diretos nas atividades dos variados estamentos sociais que formam a Nação e na nova fórmula de desenvolvimento regional.

Voltada a preocupação, apenas, para os aspectos ligados ao fortalecimento jurídico dos Tratados, não se pode analisá-los sem a aceitação dos conceitos emitidos pela doutrina atual sobre o denominado Direito Comunitário, ou Direito Comum das Organizações Intergovernamentais ou Direito Integrado ou Direito Supranacional. Este, em seu contexto, tenta produzir eficácia e efetividade às normas supranacionais, valorizando o processo de integração econômica buscado pelos Países por ele envolvidos.

Não se pode deixar de se reconhecer as imensas dificuldades que a doutrina tem enfrentado para fixar os postulados científicos desse novo ramo do Direito e a adoção de princípios que passam a regê-lo com carga executória.

A ciência jurídica enfrenta, conseqüentemente, esse desafio. Desafio que leva o analista de tal situação, primeiramente, ao efetuar um levantamento do que já foi produzido a respeito do tema, notar algumas situações configuradas e que, em síntese, passam a ser apresentadas.

Inicialmente, cumpre-se destacar os conceitos emitidos por Paulo Borba Casella, em sua obra *Mercosul: Exigências e Perspectivas*, que, de forma comentada, serão abaixo assinalados.

Ressalte-se, em grau de supremacia, a preocupação de Paulo Borba Casella, em mostrar o Direito Comunitário de forma sistematizada, a fim de que ele possa se apresentar ordenado e com força de imposição de suas regras.

A primeira inquietação do mencionado autor foi com a competência legislativa para emissão de normas supranacionais. No seu entendimento *“A competência legislativa se exprimirá na criação e promulgação de normas comuns, destinadas a regular o processo de integração, enquanto a competência jurisdicional terá sua configuração mínima habilitando-a para a interpretação e aplicação dessas normas comuns, sejam normas originárias, estipuladas em tratados, acordos e protocolos entre*

os Estados-membros, ou normas de direito derivado, detalhando e implementando os princípios enunciados na formulação do projeto de integração, sendo patente tratar-se de reestruturação significativa e profunda de conceitos solidamente arraigados nos distintos ordenamentos internos, inclusive inserido em textos constitucionais, como se pode situar na perspectiva do conceito clássico de soberania e sua indispensável reformulação teleologicamente imprescindível em contexto de integração.”(ob. cit. pág. 229).

A definição das áreas de atuação legislativa e jurisdicional são necessárias para a solidificação do Direito Comunitário. Este, por sua vez, não pode prescindir das competências executivo-administrativas que *“se exprimirão na mais ampla e na formulação mais neutra possível da capacidade de assegurar a existência e continuidade da administração comum, conjugada com a capacidade de resolver problemas, sejam esses internos como relativos a assuntos ou efeitos externos do esforço de integração, sendo precisamente relevante seu tratamento por órgão institucional, gestor da integração, atuando nessa capacidade, e não através de representantes dos distintos Estados Partes, pois seria, quase inevitável a interferência de interesses nacionais ditos ou considerados como tais, quando se coloca a necessidade de pensar, tratar e solucionar o problema da organização como um todo.”(p. 230,232, autor e obra citados.)*

No campo dessa perspectiva, cumpre cultivar, em horizonte maior, os princípios constitucionais atuais que informam o Direito Comunitário, postulados que fortalecem o ordenamento jurídico das comunidades internacionais.

É bem verdade que, antes de se aprofundar no referido estudo, há de não se deixar a compreensão se envolver com a corrente que defende a inexistência do denominado direito constitucional comunitário, apegada, ainda, ao tradicional conceito de soberania estatal. No particular, merece repetir nesta oportunidade a observação de Paulo Borba Casella⁷ de que *“Não caberia, aqui, encetar temerária empreitada de indagação a respeito da existência ou não de direito constitucional comunitário, ao qual já se reportava Walter Hallstein, em 1967, ao referir ‘o fato de o Tratado de Roma se haver imposto como ato constitucional e representar o primeiro elemento de Constituição da Europa , mas cuja existência e aceitação permanecem controvertidas, muito embora inegavelmente , possam ser reconhecidos alguns princípios básicos,*

⁷ In Comunidade Européia, p. 289

que poderiam ser formulados como sendo justamente os 'princípios constitucionais' da Comunidade."

E certo existir a dificuldade acabada de ser assinalada. Mais certo, porém, é o fato de que as mudanças impostas pela globalização da economia no cenário mundial estão a exigir uma nova postura científica do Direito e uma mudança no comportamento das Nações.

O papel do direito nesse movimento de integração dos povos, visando conquistas que possibilitem uma melhor convivência e garantia da sua sobrevivência, revela a necessidade de se impor atualizadas concepções sobre o conceito de soberania do Estado, face as mudanças estruturais que vêm se realizando em decorrência do crescimento das relações internacionais, crescimento esse que se desenvolve com base na firmação de tratados. Estes estabelecem cláusulas que, em muitas ocasiões, não se compatibilizam com os regramentos impostos pelo direito interno, porém, que necessitam ser cumpridas para que o pacto firmado pelos Países envolvidos se torne eficaz e efetivo.

A identificação desse fenômeno exige que o Direito estabeleça princípios para regê-los, a fim de que não se potencialize uma forte distância entre o direito interno e o direito internacional, em se tratando de tais relações, especialmente, econômicas. Isso acontecendo, os esforços das Nações para a firmação dos Tratados e universalização das suas políticas econômicas e sociais não terão resultados.

A análise do esforço doutrinário para fixar os essenciais princípios constitucionais comunitários revela que eles tanto podem ser escritos como não escritos. Aqueles são os que, de modo expressam, estão inseridos nos Tratados. Os não escritos são os decorrentes dos sentimentos permanentes vivenciados pelas Nações, na atualidade, e que são, no entendimento de Paulo Borba Casella⁸ os seguintes:

"o princípio democrático, abrangendo o reconhecimento dos direitos fundamentais, o princípio da legalidade e o princípio do equilíbrio internacional;

a liberdade econômica, embora com conteúdo extra-jurídico, não somente pela relevância do objeto, bem como sua própria regulamentação justificam a abordagem dentre os 'aspectos constitucionais comunitários'; e

⁸ In Comunidade Européia, p. 292b

a primazia do direito comunitário, este aspecto, embora, tendo caráter eminentemente técnico-jurídico, reveste-se também de dimensão constitucional, sob pena de inviabilizar a construção do ordenamento jurídico uniforme e supranacional.”

4 - O PROCESSO NO SÉCULO XXI.

A consciência do direito de cidadania na época contemporânea está cristalizada na consciência de cada membro da sociedade. O homem de hoje, em situação de conflito, exige que o Estado atenda aos seus anseios de paz e que lhe entregue, com celeridade e de modo adequado os direitos subjetivos que lhe são assegurados pelas leis que formam o ordenamento jurídico.

As regras até então criadas pelo direito para a entrega da prestação jurisdicional já não mais atendem as reivindicações e necessidades dos indivíduos e dos agrupamentos sociais.

A intensidade das relações sociais e a complexidade decorrente dos fatos econômicos, políticos, morais, educacionais e dos decorrentes da comunicação, ao lado da crescente atuação ilícita do ser humano (crimes de quadrilha ou bando, de seqüestros, de colarinho branco, financeiros, de improbidade administrativa, sexuais, internacionais, etc) estão exigindo um processo mais ágil, menos desburocratizado, compreensível pelo homem comum e de fácil acesso por quem não possui condições financeiras para suportar as despesas com um litígio.

Embora recente as modificações introduzidas em nosso sistema formal, elas não mais atendem à realidade presente nos Tribunais e ao que o administrado espera da atuação do Poder Judiciário.

A crise na demora da entrega da prestação jurisdicional se agiganta na mesma proporção em que cresce a presença do cidadão no Fórum em busca do direito subjetivo que entende dever lhe ser assegurado.

Em face desse fenômeno o Direito Constitucional Contemporâneo tem destacado o prestígio alcançado pelo denominado direito subjetivo à jurisdição, como conquista mais recente do cidadão.

A respeito, a doutrina brasileira foi brindada, há pouco tempo, com trabalho da autoria da Prof. Carmen Lúcia Antunes Rocha,⁹ onde está afirmado que "O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado."

Sendo a jurisdição, também, dever do Estado, no instante em que ela é tardiamente entregue ao cidadão, gera a responsabilidade do causador do dano imposto à quem dela necessita, pela demora.

A análise dessa responsabilidade foi fixada com absoluto rigor pela Prof. Carmen Lúcia, no trabalho assinalado, quando, no desenvolvimento do subtítulo *A eficiência da prestação jurisdicional*¹⁰, afirma:

"Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada - como os demais serviços públicos - com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda.

Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se a justiça de hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa.

A liberdade não pode esperar, porque, enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incertos todos os direitos.

Esta é a primeira abordagem que se faz presente quando se tecem observações sobre a eficiência da prestação jurisdicional: a melancólica lentidão que a tem marcado. A

⁹ Prof. Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/MG. Procuradora do Estado de Minas Gerais. O trabalho referido foi publicado na obra *As Garantias do Cidadão na Justiça*, p. 31/51, sob o título de *O Direito Constitucional à Jurisdição*.

¹⁰ p. 37, ob. já citada.

morosidade da prestação jurisdicional tem frustrado direitos, desacreditado o Poder Público, especialmente o Poder Judiciário, e afrontado os indivíduos."

A doutrina reconhece que a Constituição Federal de 1988 se apresenta com objetivo voltado para o fortalecimento da cidadania. O seu fundamento nuclear é o de tornar realidade os princípios fundamentais postos no Título I, destacando-se os enunciados no art. 1º e incisos (A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político), bem como, aqueles que "condensam, no afirmar de Carmen Lúcia (p. 50, ob. citada), os princípios que conformam o direito à jurisdição, tais como o que garante o direito a ser processado e julgado somente pela autoridade competente (LIII); o direito ao devido processo legal (LIV); a garantia do contraditório e ampla defesa (LV); a garantia de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV), dentre outros."

A nova ordem constitucional, por se encontrar destinada inteiramente para o cidadão, faz imperar, entre outras características, a de que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, §6º, CF).

Lúcia Valle Figueiredo, com a costumeira postura científica com que apresenta os seus trabalhos e com visão da aplicação de um direito constitucional que alcance às ansiedades e necessidades do cidadão no Século XXI, ensina, em seu *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 1994, 1a. edição, pg. 181, ao abordar o tema *Responsabilidade Extracontratual do Estado*, o seguinte:

"Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por uma de suas funções, a judiciária. Efetivamente, encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão."

Com a prudência e profundidade que retratam as suas conclusões, afirma, em seqüência, que "É evidente que se não de colocar "standards" e

critérios de razoabilidade para decisões judiciais. Entretanto, se houver decisões lesivas, desconcertadas do Direito, certamente responderá por elas."

É claro que o atual ordenamento jurídico brasileiro, apoiado nos princípios adotados pela nossa Carta Magna, especialmente o que caracteriza a existência plena de um direito subjetivo do cidadão à jurisdição, agasalha o entendimento supra manifestado de que a responsabilidade do Estado pode ser detectada até quando o juiz, ultrapassando os limites da razoabilidade na interpretação e aplicação das leis, profira decisões que causem danos injustificáveis às partes.

Lúcia Valle Figueiredo, na trilha da sua exposição, cita, como passível de se inserir no campo de responsabilidade do Estado, por exemplo, o caso de liminar em mandado de segurança, quando, não obstante presentes os pressupostos legais para a sua concessão, ela for negada e, em razão desse ato judicial, provoque danos à parte impetrante. Em caso inverso, também, admite a caracterização da responsabilidade do Estado. Aceita, também, que o Estado responda pelos danos provocados pela prestação jurisdicional retardada, entendendo que tal hipótese configura pura denegação de Justiça.

Não se pode deixar de se reconhecer que, ao lado das inúmeras manifestações doutrinárias em prol da responsabilidade do Estado pelos danos causados em razão da entrega deficiente da prestação jurisdicional, há uma inquietude jurisprudencial e uma ausência de confiabilidade no sistema.

O direito formal neste final de Século há de aperfeiçoar o modo de se fazer valer a tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos.

Com razão as afirmações abaixo de Waldemar Mariz de Oliveira Jr.¹¹, no trato da questão:

"Não se pode negar que esses problemas dos chamados grupos intermediários e de seu acesso à Justiça constituirão, em futuro não remoto, objeto da maior e melhor atenção dos juristas, sociólogos, políticos legisladores, governantes e do povo em geral de nosso país.

Só o fato de a matéria ser delicada e altamente perturbadora, pois poderá produzir grandes modificações em conceitos, concepções e institutos do direito, especialmente no campo do direito material e mesmo no direito constitucional, que sofrerá reflexos especialmente na área das garantias individuais, exige que seja ela tratada com muita cautela e cuidados especiais,

¹¹ Em trabalho intitulado *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos*, publicado em obra coletiva intitulada *Estudos sobre o Amanhã - Ano 2000*, Ed. Resenha Universitária, p. 283

devendo as inovações ser aceitas e introduzidas com grande ponderação e paulatinamente.

É inegável, porém, que, em face das mutações inquestionáveis, que se operam na sociedade contemporânea e das novas tendências que a inspiram, o direito evoluirá, adaptando-se às novas condições e conjunturas sociais."

5 - O ESTADO NA ÉPOCA CONTEMPORÂNEA E A NATUREZA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.

Em 1983, em palestra pronunciada na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Mossoró, RN, sob o título *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*, afirmei, a respeito do título dado ao parágrafo, o seguinte:

"A doutrina apresenta, tradicionalmente, desde o período aristotélico, o Estado considerado como entidade abstrata, desempenhando três funções básicas: deliberação, comando e justiça. Estas, como efeito do fenômeno "Separação de Poderes" do Estado, são, hoje, exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário."

A concentração da atividade estatal nos poderes mencionados visa dificultar sobremodo o arbítrio, por estabelecer um *"sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual"* (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, ed. Saraiva, 1975, p. 76).

O estudo das atividades administrativas, sociais e jurídicas, exercidas pelos Poderes do Estado, há de se vincular à investigação sobre os fins da entidade estatal. Para tanto, verifica-se que, após as influências das pregações de Kant, Humboldt e Fichte (defensores do Estado Jurídico), de Leon Bourgeois e Gide (propugnadores do solidarismo), de Thomas Morus e Campanello (adeptos do comunismo), de Marx, Engels e Saint Simon (idealizadores do coletivismo integral), de Wagner (fundador do socialismo de cátedra), de Lenin (criador do Bolchevismo) e de outros pensadores de maior repercussão, chega-se, na visualização moderna, a se considerar que o Estado é meio para que a coletividade possa atingir os seus fins, pelo que está, conseqüentemente, obrigado a prestar serviço que concretize o bem comum. Dentro de tal ótica, é conveniente lembrar a posição de Mário Masagão, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, 3ª

edição, Max Limonad Ed., p. 44/45, ao afirmar "*que o Estado possui, ao lado da atividade jurídica, uma atividade social que poderá exercer dentro de certos princípios básicos: a ação social deve ser supletiva da atividade individual; deve ter em mira o bem comum e não o interesse individual ou de grupos, e não deve ocasionar o sacrifício do direito de quem quer que seja*".

Não há, portanto, que se polemizar, na atualidade, sobre a responsabilidade potencializada do Estado em assegurar aos indivíduos as condições necessárias para a consecução do bem comum. Para tanto, entre outras atividades que desenvolve, há de ser elencada a de entregar a prestação jurisdicional dentro dos prazos e limites que o sistema jurídico positivo instituiu. No particular, destaque-se que tal dever surge como conseqüência do princípio de legalidade, dogma a que está vinculada toda a ação estatal, por ser certo o axioma de direito de que a lei deve ser suportada, em primeiro plano, por aquele que a fez. Sendo a lei uma regra de conduta genérica oriunda do Estado, a este é do dever o seu integral cumprimento.

É tempo, portanto, de se localizar a natureza da atividade jurisdicional na concepção do Estado contemporâneo, a fim de que fique definitivamente caracterizado o seu alto grau de participação na realização dos fins que hoje dele são exigidos.

A essência da atividade jurisdicional é "*aplicar contenciosamente a lei a casos particulares*", no dizer conhecido de Pedro Lessa. Acrescento, apenas: visando estabilizar o conflito através de uma solução de efeito pacificador. No contexto do que seja bem comum, não é possível afastar a exigência de uma convivência pacífica entre os indivíduos, situação a que o Estado está obrigado a garantir, quer aplicando fisicamente a lei, sem o contraditório jurisdicional, função do Executivo, quer contenciosamente, modo pelo qual atua o Poder Judiciário.

Diante do visto, a atividade jurisdicional é desenvolvida ao nível de função estatal de grau essencial, não se diferenciando da executiva: em qualquer ângulo que seja analisada, cumpre-lhe aplicar a lei, o direito, ao caso concreto.

Em conclusão, tenha-se como incontroverso o fato de que o exercício da função jurisdicional do Estado é desempenhado

sob os mesmos efeitos das demais (a legislativa e a executiva), gerando direitos e obrigações de igual categoria.

6 - A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JURISDICIONAL NO TERCEIRO MILÊNIO. CARACTERIZAÇÃO.

No ângulo agora construído, cabe analisar o tema da demora na entrega da prestação jurisdicional e que conseqüências ela provocará no direito material e no direito formal no próximo Século XXI.

Entre os melhores doutrinadores sobre a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes de atos judiciais, destaco o pensamento do Professor Mário Moacyr Porto, no artigo intitulado *Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juizes* (RT, v. 563, set./1982, p. 9/14). Em síntese, o consagrado jurista potiguar expõe que:

"Há, nos dias de hoje, várias correntes doutrinárias disputando o achado da solução mais correta para a fixação da responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juizes. Entre elas, estão:

1. O ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, pelo que, em nenhuma hipótese, poderá acarretar responsabilidade civil do Estado.

2. O juiz é um funcionário público de natureza especial. Os seus atos são iniludíveis manifestações do Estado, pelo que não devem ficar submetidos à disciplina estabelecida para os demais servidores públicos. Se ocorrer dano ao particular, a ação de indenização será proposta contra o Juiz ou contra a pessoa de direito público, conforme o caso.

3. O juiz é um funcionário na expressão estrita do termo. Assim sendo, quando os seus atos ocasionarem danos, devem ser indenizados diretamente pelo Estado, só pelo Estado, de conformidade com o art. 107, da CF."

Há, não resta dúvida, discrepância doutrinária sobre o tema. Não parece, porém, segundo penso, que a sua abordagem esteja a exigir excesso de prudência. O atual sistema positivo brasileiro há de ser aperfeiçoado neste final de era para permitir a existência de condições que façam imperar, sem nenhum ataque ao ordenamento jurídico, o princípio de que deve o Estado responder pela demora na prestação jurisdicional, desde que fique demonstrada a ocorrência de

lesão ao particular. Em defesa do afirmado, podem ser elencados os seguintes fundamentos:

a) o sistema jurídico sobre responsabilidade do Estado está vinculado à teoria objetiva;

b) o juiz, mesmo fazendo parte de uma categoria especial de funcionários, por ser agente político, age em nome do Estado e atua como membro de um dos seus poderes;

c) Estado e juiz formam um todo indissociável, pelo que, se o magistrado causa dano ao particular, por demora na prestação jurisdicional, cabe ao Poder Público responder patrimonialmente;

d) o artigo 5º, XXXV, da CF, não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. É o Estado assegurando o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente os conflitos. Responderá, portanto, pelos prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional;

e) a finalidade da tutela jurisdicional é garantir que o direito objetivo material seja obedecido. Para tanto, estabelece a obrigatoriedade de o Juiz cumprir determinados prazos fixados pelo direito formal, a exemplificar:

e.1. - os artigos 280 e 281, do CPC, que cuidam do tempo para ser prolatada a sentença no procedimento sumaríssimo e para ser o mesmo ultimado;

e.2. - a determinação pelo art. 261, CPC, de prazo para o Juiz decidir a impugnação ao valor da causa;

e.3. - os prazos fixados para: decidir o pedido de assistência (art. 51, III, CPC); o pedido de insolvência (arts. 755 e 758, CPC); a liberação da partilha, em inventário (art. 1.032, CPC); para determinar emenda ou aditamento à inicial (art. 284, CPC); para tomar providências preliminares (art. 323, CPC);

e.4. - a determinação dos prazos para julgar: a divisão não contestada (art. 971, § único, CPC); os embargos à execução (art. 740, § único, CPC); as exceções processuais (arts. 308 e 309); a prestação de contas (art. 916, § 1º, CPC); os procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.109, CPC); o processo cautelar não contestado (art. 803, CPC); o prazo para proferir sentença após audiência (art. 456, CPC); e outros mais existentes no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal;

f) constitui garantia individual implícita (art. 5º, § 2º, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também por ser inconciliável com o sistema democrático o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.

7 - A DEMORA EM DECIDIR A AÇÃO CONSTITUI PRESTAÇÃO JURISDICIONAL IMPERFEITA. URGE CORRIGIR.

A doutrina caracteriza a atividade jurisdicional defeituosa quando:

a) o Juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes;

b) o Juiz não conhece, ou conhece mal, o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito;

c) o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do Juiz ou por lentidão determinada por insuficiência ou falta de Juizes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que impossibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei.

"O serviço público, em tese, tem de apresentar-se perfeito, sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento". Esta é a expressão de José Cretella Júnior, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, v. III, ed. Forense, 1970, p. 61.

A demora na entrega da prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer ela seja por indolência do Juiz, quer seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça.

A doutrina e a jurisprudência têm posição pacífica na defesa da responsabilidade do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em consequência, do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente.

É oportuno se rememorar o julgamento proferido pelo STF, em 21.06.66, no Recurso Extraordinário nº 32.518, quando, embora vencido, o Ministro Aliomar Baleeiro expôs de forma brilhante:

"Dou provimento ao recurso, porque me parece subsistir, no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionando, por sua omissão de recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres dos Juizes. Nem

poderia ignorar essas dificuldades, porque, como consta das duas decisões contrárias ao recorrente, estando uma das Comarcas acéfala, o que obrigou o Juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria - ambas constitucionais de serviço - a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos" (RDA, 90/141)

No mesmo julgamento, o Ministro Odalício Nogueira acompanhou o voto do Ministro Aliomar Baleeiro. Destaca-se, em sua manifestação, a parte seguinte:

"O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado. Houve falta de serviço público. Não preciso atingir as alturas do risco, que é o ponto culminante da doutrina objetiva, para decretar-lhe a responsabilidade. Basta-me invocar o princípio da culpa administrativa, ocorrente na espécie e que não se confunde com a culpa civil, porque procede, precisamente, do mau funcionamento de um serviço" (Aguiar Dias, ob. cit., v. II. p. 156/160 e Orosimbo Nonato, acórdão citado, in RT 147/333).

Tenha-se como meditação que a resistência, ainda havida, no campo jurisprudencial, em alguns setores, para aceitação da responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, não se coaduna com os princípios defendidos pela Ciência Jurídica contemporânea, que se encontra atenta na elevação do posicionamento exigido, pelo cidadão, do Poder Público ser obrigado a garantir efetivamente a aplicação dos direitos subjetivos dos administrados.

Ao se defender tal posição, amplia-se o que a doutrina do Direito Administrativo já construiu sobre a demorada atuação da administração, especialmente, na prática de atos administrativos.

Seabra Fagundes, em parecer publicado na RDP 57/58, jan./jun./1981, p. 7/17, defendeu a imputação da responsabilidade do Estado por retardada decisão administrativa. E, por serem idênticos os princípios a serem seguidos, quando se trata de demora na entrega da prestação jurisdicional, a doutrina conferida pelo mestre Seabra Fagundes merece ser destacada. Cito, portanto, o que está no item 2, pág. 12, rev. cit.:

"O administrado quando solicita qualquer manifestação (no caso vertente aprovação de projeto de loteamento) da Administração Pública, o faz tendo em vista as leis vigentes no

momento em que requer, e tem o direito de ver a sua pretensão apreciada com base nessas leis e dentro dos prazos nela fixados, ou, na ausência de determinação de prazos, dentro de lapso de tempo razoável."

Mais adiante, no item 3, pág. 13, fundamenta:

"No Estado de Direito vige o princípio de legalidade, segundo o qual todas as atividades do Poder Público são submissas à Constituição e às leis. E essa submissão significa o dever de acatar o direito escrito, quer para agir sem base nele, quer para agir sempre que lhe cumpra dar execução a quaisquer textos de lei. Assim sendo, o administrador nem pode obrigar a procedimento que a lei não impõe, nem pode negar direito que nela se acha enunciado. O não fazer o que deve ser feito por força de lei é tão violador do princípio da legalidade quanto dizer aquilo que a lei proíbe."

Uma análise, embora superficial, da jurisprudência sobre a responsabilidade do Estado, mostra a tendência de ser aceita a posição que se defende. Tanto o é que a RDA, 20/45, publica ementa de julgamento do STF com a afirmação de que *"Ao Estado cabe velar pela regularidade dos serviços públicos respondendo pelos resultados de seu mau funcionamento"*.

Na RTJ, 64/698, está transcrito outro voto vencido do Ministro Aliomar Baleeiro, com a doutrinação convencedora assim exposta:

"Responsável é a pessoa de direito público pela falta de seus agentes em serviço ou por extensão deste, resguardando seu direito de regresso contra os mesmos, se pessoalmente culpados. Claro que pode haver falta anônima do serviço, por fato inerente a este, objetivamente considerado, sem culpa específica do agente público. Assim, a meu ver o art. 105 (hoje 107) da Constituição Federal de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do direito administrativo. E, com maior razão, também os juizes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionário, lato sensu."

Há uma decisão do STF publicada na RDA, 20/42, que, a meu pensar, representa um marco decisivo para se consagrar a responsabilidade do

Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Essa decisão não se compatibiliza com os fundamentos da teoria que defende a não responsabilidade do Poder Público pelos prejuízos decorrentes de atos judiciais, sob a idéia de que a entrega da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário se constitui em um dos privilégios da soberania.

A hipótese assinalada trata do reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato legislativo. A ementa da decisão é de conteúdo incisivo:

"O Estado responde civilmente pelo dano causado em virtude do ato praticado com fundamento em lei declarada inconstitucional."

Ora, se o STF já reconheceu a responsabilidade do Estado por ato legislativo, não há mais razão de recusa da aplicação do mesmo princípio quando se tratar de ato judicial. Não se queira, a esta altura, invocar que o Poder Legislativo não seja, também, um dos privilégios da soberania.

Não é demais relembrar que *"A culpa do serviço público não se identifica através da conduta do servidor público, ou do agente, mas através do próprio serviço público"*.

Não se pretenda solucionar a questão com idéias reinantes no Direito Civil. A responsabilidade do Estado por culpa do serviço público é uma concepção original do próprio Direito Administrativo. Com base em tais conceitos, a vítima do dano deve agir, desde logo e diretamente, contra a Administração, sem acionar o agente, cuja responsabilidade não aparece.

A culpa do serviço público não tem caráter identificador. Ela surge anonimamente, sem permitir a investigação sobre quem seja o autor do dano. Julga-se o serviço, a sua qualidade, nos modos seguintes:

- a) o serviço funcionou mal;
- b) o serviço não funcionou;
- c) o serviço funcionou, mas tardiamente.

A respeito da demora na entrega da prestação jurisdicional, além dos votos vencidos já citados anteriormente, merece registro a pesquisa que a respeito fez o Prof. João Sento Sé, in obra já citada, p. 138, e passo a reproduzi-la:

"Sobre a responsabilidade pela demora do julgamento de uma causa, assim se pronunciou o TJSP:

«Pela demora na decisão dos feitos responde o juiz correcionalmente, se causada por dolo, culpa ou desídia» (ac. de 26.8.57, RDA 53/183).

Numa ação em que se pedia indenização em virtude da morosidade do serviço judiciário, responsável pela prescrição de queixa-crime oferecida contra um jornalista, decidiu o STF que a atividade jurisdicional do Estado 'só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos legais reguladores da espécie'(ac. de 21.6.66, RTJ 39/190 e RF 220/105).

A indenização foi negada pelo voto de desempate do Min.Hermes Lima, segundo o qual "o fundamento da ação - culpa exclusiva do Poder Judiciário - não se configura de modo algum na matéria em debate". Mas é evidente a importância da decisão porque o STF nela admitiu que a atividade jurisdicional pode gerar a responsabilidade civil do Estado quando efetuada com culpa. Tratava-se, no caso, de culpa anônima do serviço judiciário gaúcho.

A tese, todavia, não medrou, consoante revela a leitura de decisão posterior do STF, em sessão plenária (ac. de 13.10.71, RTJ 64/689), na qual, num caso relativo à culpa do juiz, considerou-se necessário um texto expreso prevendo a responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário, vencidos os Mins. Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto e Adalício Nogueira.

Outros julgados acolheram também a responsabilidade civil do magistrado (STF, ac. de 27.6.50, RF 133/415; TJSP, ac. de 2.2.67, RF 225/154). "

As investigações feitas pelo Prof. João Sento Sé revelam a tendência majoritária da Corte Suprema, nos últimos decênios, de não aceitar a responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais, salvo nos casos expressamente determinados em lei, a exemplificar o erro judiciário criminal.

Ao lado desse posicionamento, com tendência a ser modificado, merece conferência o decidido pelo então e egrégio Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar a AC nº 7.243, 1ª T., em 23.7.1957, relatada pelo Min. Henrique D'Avila (RDA, 54:188), e que mereceu profunda análise por Juracy C. Silva. em obra já citada.¹² Naquela oportunidade, a União Federal foi condenada a ressarcir os prejuízos causados a suplente de deputado em razão do mau funcionamento da Justiça Eleitoral. O recorrente, por não haver concordado com decisão do

¹² *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*, Saraiva, 1985, p. 228 e segs.

Tribunal Superior Eleitoral que o despojou do seu mandato, interpôs embargos que foram tidos como procedentes, com efeitos modificativos, quando o período do mandato já havia terminado.

O Recurso Extraordinário interposto contra essa decisão não foi conhecido, por maioria, em acórdão da lavra do Min. Afrânio Costa, assim ementado¹³:

"Sendo a função parlamentar remunerada, quem dela é desapossado injustamente, tem direito inequívoco a ressarcimento. Todavia, destinando-se o subsídio parlamentar a beneficiar o titular das perdas sofridas com o abandono de suas atividades costumeiras, do ressarcimento devido se subtraem os ganhos realmente auferidos naquelas atividades."

Demonstrada está a timidez com que a jurisprudência vem tratando a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.

O reconhecimento dessa responsabilidade não afeta, ao meu entender, a soberania do Judiciário, nem provoca qualquer afronta ao princípio da autoridade da coisa julgada.

A melhor doutrina a respeito defende que *"a pretensão indenizatória se legitima naqueles casos de culpa anônima do serviço judiciário, de falhas do aparelhamento encarregado da distribuição da Justiça, envolvendo, inclusive, as deficiências pessoais dos magistrados recrutados; assim, nos casos de morosidade excessiva da prestação jurisdicional com equivalência à própria denegação da Justiça, de erros grosseiros dos juizes, relevados sob o pálio candente da falibilidade humana."*(Yussef Said Cahali)¹⁴

Essas idéias não surgiram de laboratórios jurídicos. Elas são frutos do grito lançado pelos jurisdicionados com a demora e imperfeição com que lhes é entregue o direito subjetivo perseguido.

O Direito no Terceiro Milênio não pode desconhecê-las, sob pena de cada vez se afastar dos anseios do cidadão.

8 - A COMPATIBILIDADE DO DIREITO NO TERCEIRO MILÊNIO COM OS RUMOS DA MODERNIDADE.

O direito do futuro há de concentrar as suas idéias em tomo de um mundo coletivo. A essencialidade do individual até então perseguida não mais será

¹³ RE 38.529, STF, 2º T., 14.7.1959, RF, 199/15, cit. por Juracy C. Silva, na obra já indicada, p. 230.

¹⁴ In *Responsabilidade Civil do Estado*, RT, 1982, p. 222/223.

a preocupação central da Ciência Jurídica. As relações do homem com o homem e os conflitos gerados, embora continuem a necessitar de limites para possibilitar a convivência pacífica, cederão à supremacia dos interesses coletivos.

Os fatos serão olhados de maneira diferente e impulsionarão o direito para regulá-los de acordo com as exigências dos efeitos produzidos.

Em obra intitulada a *Revolta do Princípio - a revolução do pequeno*, os seus autores¹⁵ apresentam uma amostragem dos problemas vividos pelo mundo moderno que deverão ser preocupação do Direito no Terceiro Milênio.

Afirmado está, p. 138 a 140, do mencionado livro que:

"Olhando as coisas de modo integrado, é mister reconhecer algumas marcas do mundo moderno sob o aspecto social, econômico e ambiental.

a) Pleno emprego parece ser cada vez mais inviável, também no centro capitalista, já que a economia intensiva de conhecimento qualifica o trabalho, mas diminui muito as ocupações. Ao mesmo tempo, o investimento em conhecimento parece ser de tal forma intenso, que o excedente econômico dificilmente satisfaz aos ociosos. Nesse sentido a 'periferia' não está apenas no Terceiro Mundo, mas comparece na própria Europa (Portugal, Espanha, Itália, Grécia, etc). Talvez esse seja o desafio atual mais angustiante, já que a redução do emprego não adviria apenas de crises (contornáveis, em regra), mas da própria lógica de uma economia competitiva.

b) A política de desenvolvimento mais promissora é a de educação, porque é a que mais engloba o social e o econômico, já que fundamenta a cidadania e a competitividade. É, nesse sentido, o mais curto longo prazo. Parece comprovar-se essa expectativa no caminho do Japão e Tigres Asiáticos, bem como na capacidade da recuperação da Alemanha.

c) A desconcentração da renda não é propriamente efeito do mercado, mas conquista da cidadania, ou seja, processo de democratização da sociedade e da economia. Qualquer política de combate à pobreza precisa manejar habilmente as duas rédeas; cidadania e emprego, começando pela assistência. Todavia nenhuma assistência pode valer mais que a capacidade de autogestão e de auto-sustentação.

d) O Estado readquire papel importante, desde que consiga fazer-se o lugar legítimo das soluções públicas. A questão central não é seu tamanho, mas sua capacidade de equalizar oportunidades, o que, de direito e de fato, depende

¹⁵ Obra coordenada e da autoria de Flávio Ramos, Assessor Jurídico do SEBRAE, e José Leite de Assis Fonseca, publicada pelo SEBRAE.

da cidadania. Não é possível existir um Estado melhor que a cidadania que o sustenta, define e mobiliza. Poderia ocupar algumas esferas produtivas consideradas estratégias, sem monopólio, e dedicar-se, sobretudo, à defesa dos interesses públicos, devendo, para tanto, poder intervir no mercado.

e) Países como o Brasil precisam saber modular a expectativa competitiva com a de absorção de mão-de-obra desqualificada. Não quer dizer que a economia intensiva de mão-de-obra deva descurar da qualidade dos produtos e serviços, mas é importante manter suas condições de emprego, por conta da multidão de pessoas que só poderia trabalhar nesses espaços. Trata-se, pois, de contemporizar uma espécie de atraso socialmente útil e eticamente necessário.

f) Concretamente, colocam-se dois desafios estratégicos concatenados: de um lado, a exploração sistemática das potencialidades econômicas, ambientalmente sustentadas, e a promoção de todas as oportunidades de ocupar espaço produtivo competitivo; de outro, a qualificação da população, para que construa competência, no sentido de participar ativamente no projeto do país.”

É evidente que os fenômenos acima considerados não serão ignorados pelo Direito do Terceiro Milênio. Esta era irá exigir uma mudança no conceito de cidadania para tê-la como sendo, também, uma função outorgada ao homem com capacidade de intervir, diretamente, na atuação do Estado, direcionando as suas atividades para os anseios globais dos agrupamentos sociais.

Por fim, entre outras preocupações do Direito Futuro, uma me parece merecer, na atualidade, destaque maior. É a possibilidade de, depois do pesquisador escocês Ian Wilmut¹⁶ haver produzido Dolly, fenômeno genético conhecido como clonagem, seres humanos serem copiados em série.

Os cientistas norte-americanos, logo após essa descoberta, começaram a debater intensamente a necessidade urgente dos Países elaborarem leis que proibam a aplicação de idêntica tecnologia a seres humanos, conforme está noticiado pela imprensa.¹⁷

¹⁶ Ian Wilmut, 52 anos de idade, tirou informações genéticas da célula mamária de uma ovelha, enxertou-a num óvulo não fertilizado e em seguida inseminou artificialmente o óvulo numa outra ovelha. Wilmut produziu Dolly, gêmea tardia da ovelha que forneceu informação genética original. É o maior fenômeno da engenharia genética de que se tem notícia e chocou até mesmo cientistas, pois era tido como impossível. (Notícia do Jornal Correio Braziliense, de 25 de fevereiro de 1997, pg.4).

¹⁷ Reportagem publicada no Correio Braziliense de 25 de fevereiro de 1997, pg. 4, do teor seguinte: “Preocupados com os desdobramentos da criação de um clone (cópia) de uma ovelha adulta na Escócia, cientistas norte-americanos começaram imediatamente a debater a necessidade urgente de lei que proíba a

No Brasil, há lei não reconhecendo a clonagem de seres humanos. É a de n. 9.279, de 14.5.96 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial) que, em seu art. 10, inc. IX, determina:

“Art. 10 - Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou gemoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.”

O art. 18, da mesma lei, também, não permite que seja patenteada invenção que no “todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos

aplicação da mesma tecnologia a seres humanos, que pelo menos teoricamente poderiam ser reproduzidos em série.

‘Mas como se pode proibir uma pessoa rica de financiar um laboratório numa ilha tropical? Já pensou se um rico excêntrico achar que a única pessoa em condições de herdar sua fortuna é uma cópia dele mesmo?’ , pergunta, sem resposta, George Annas, biólogo especialista em assuntos éticos da Universidade de Boston.

A maioria dos jornais norte-americanos deu grande destaque ao assunto na primeira página de suas edições de ontem, sendo que o maior espaço foi dedicada à discussão ética sobre a experiência divulgada na Inglaterra.

O pesquisador Ian Wilmut, 52, tirou informações genéticas da célula mamária de uma ovelha, enxertou-a num óvulo não-fertilizado e em seguida inseminou artificialmente o óvulo numa outra ovelha.

Wilmut produziu Dolly, gêmea tardia da ovelha que forneceu a informação genética original. É o maior fenômeno da engenharia genética de que se tem notícia e chocou até mesmo cientistas, pois era tido como impossível.

Segundo George Annas, até mesmo especulações menos fantásticas sobre replicação de seres humanos implicam graves considerações éticas.

Por exemplo: um casal que deseja ter um filho ‘gêmeo’ de outro, mais velho, que morreu num acidente. As Forças Armadas de um país poderão querer reproduzir um batalhão especial?

Espera-se para os próximos anos, talvez meses, a volta da acalorada discussão surgida na década de 70 sobre liberdade científica versus leis pautando o comportamento ético.

Na Inglaterra, onde surgiu o clone da ovelha, existe uma lei proibindo a existência de clones humanos, o que não ocorre nos Estados Unidos e na maioria dos países.

A única arma de que os norte-americanos dispõem nesse campo é a proibição de fundos do governo para financiar pesquisas com embriões humanos, mas não existe qualquer restrição legal a que recursos privados sejam aplicados com tal finalidade.

Lee Silver, da Universidade de Princeton, acha que a aprovação de uma lei não impedirá o surgimento de clones humanos, pois cientistas envolvidos em tais projetos poderão facilmente estabelecer suas clínicas no exterior.

Bebê de Proveta.

Lori Andrews, professor do Chicaco College, lembrou que quando as primeiras tentativas de criar o bebê de proveta foram banidas na Austrália os pesquisadores se mudaram rapidamente para Cingapura, onde continuaram a trabalhar sem problemas.

‘Já estou imaginando novos crimes’, diz Andrews, para os quais as pessoas poderão ser clonadas sem sua autorização ou até mesmo sem saber.

‘O gênio fugiu da garrafa’, afirma Ronaldo Munson, especialista em assuntos éticos da Universidade de Missouri: ‘Essa tecnologia não é policiável, pelo menos em princípio.’ Ele argumenta que o mais impressionante é que a tecnologia para criar clones é muito simples, à base de laboratórios-padrão muito fáceis de serem montados.

A maioria dos cientistas, contudo, prefere ressaltar as conseqüências positivas do feito de Ian Wilmut, como a possibilidade de manipular gens com finalidade medicinal, um dos fatos mais esperados de todos os tempos.

A partir de agora, os cientistas poderão enxertar numa célula determinada proteína que funciona como remédio e então produzir clone de um animal produtor de leite, por exemplo. O animal se transformaria numa autêntica indústria viva de medicamento.”

transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no artigo 8º e que não sejam mera descoberta". Esclarece, ainda, o parágrafo único do mencionado artigo que "Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais."

Ocorre que a ciência é universal. Tais leis foram elaboradas em um período não atento para os fenômenos da globalização e, especialmente, para feitos extraordinários como o da criação da ovelha Dolly.

Volta-se, assim, a necessidade de se incentivar a efetividade e eficácia, com força executória, do Direito Comunitário. Por via deste, em tais situações, as Nações estabeleceriam, via aprovação dos seus Parlamentos, leis internacionais regulando o assunto e a elas atribuíam força executória a ser expedida por um Tribunal Constitucional.

O que hoje está sendo defendido pela Comunidade Européia e pelo Tratado de Assunção (Mercosul), a criação de um Tribunal Internacional para resolver os conflitos decorrentes dos relacionamentos dos Tratados econômicos e tributários firmados, deve, também, servir como paradigma para a solução de outros fenômenos que interessam à humanidade, como o da clonagem de seres humanos.

Na verdade, o Direito há de ver a técnica da clonagem como uma importante conquista da humanidade. Necessário se faz, apenas, que fique atento aos aspectos éticos que tal progresso envolve, conforme observa José Wilson Ferreira Sobrinho, Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora, MG, em trabalho intitulado *A Clonagem de Seres Humanos*:

"A ética, enquanto dado normativo comportamental tampouco parece se colocar como óbice à clonagem. Afinal, quais os preceitos éticos que seriam desrespeitados por ela? É difícil, aqui também, estabelecer parâmetros que se mostrem aceitáveis, independentemente do binômio espaço-tempo.

Sim, porque a tábua axiológica de uma sociedade muda com o tempo. A mudança, em tese, será maior se o espaço for diferente na medida em que, neste caso, haverá o entrecchoque de culturas diferentes.

A restrição ética, por assim dizer, ficará grandemente prejudicada em razão desse conteúdo flexível. Poder-se-á, talvez, apelar para uma espécie de ética setorializada representativa de certa sociedade, em um certo tempo. Ainda assim a solução será deveras limitada."

Meditações mais alongadas devem ser feitas, em face das considerações acima desenvolvidas, sobre os desafios que esperam a carreira jurídica no limiar do Século XXI.

No trato desse assunto, cedo lugar para registrar pensamento exposto por Francisco Adalberto Nóbrega, em trabalho intitulado *A Carreira Jurídica no Limiar do Século XXI*:¹⁸

“Peço permissão para divergir dos doutos e confessar que com base num sadio e real otimismo, vislumbro um futuro satisfatório para a Carreira Jurídica neste final de milênio e no século vindouro. Justifico minha postura. Primeiro, como bem lembrado pelo Professor Joaquim Falcão, há um mercado jurídico e um mercado parajurídico. E quem já se encontra no mercado parajurídico, dificilmente, disputará vagas no mercado de trabalho jurídico propriamente dito.

Em segundo lugar, as mutações já ocorridas no universo e as que estão por acontecer, com toda certeza, criarão novas oportunidades de trabalho para os jovens bacharéis. Basta citar, por exemplo, o novo campo de trabalho que surgirá necessariamente em decorrência do novo quadro das relações econômicas internacionais. Cada vez mais as relações econômicas aproximam os povos, surgindo do intercâmbio comercial novos institutos jurídicos e exigindo o surgimento de novos especialistas.

Por outro lado, essa verdadeira segunda revolução industrial, produzida pela informática, com suas incursões nos campos do direito do autor, direito da personalidade e direito de propriedade industrial, vai exigir novos especialistas, abrindo o campo de trabalho. Depende só dos novos juristas, ocupar com dedicação os espaços que vão surgindo.”

É essa a visão que tenho do Direito na era que se aproxima. Só o Terceiro Milênio desvendará essas nossas preocupações. Só o Direito que por ele vivido dirá às gerações do amanhã que o Futuro será melhor do que o Presente.

¹⁸ Francisco Adalberto Nóbrega, SubProcurador-Geral da República, Professor de Direito Internacional Público, autor de vários artigos de Direito. Trabalho publicado pela Coleção Mossoroense, Série B, Número 549, 1988.