

ISSN 1518-8280

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

Vol. 3 N° 1
Novembro/2000





Universidade de Uberaba



Ministério Público do Estado de Minas Gerais

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

Rev. Semestral • Uberaba MG • V.3 • N.1 • Nov. 2000



UNIJUS

© Universidade de Uberaba

Marcelo Palmério

Reitor

Curso de Direito

Renato de Pádua Montandon

Diretor

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Sandra Maria da Silva

Promotora de Justiça

Coordenação Editorial

Maria Cremilda Sucupira Montandon

Capa

Michele D' Ippolito

Projeto gráfico, diagramação e editoração de textos

Alexandre Francisco da Silva Pereira

Studio Cone Sul

Editor executivo

José de Mello Júnior

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade de Uberaba

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais; coordenação de Maria Cremilda Sucupira Montandon. — V.3, n. 1 (nov., de 2000) — Uberaba: UNIUBE, 2000.

178 p.

ISSN 1518-8280

1. Direito – Brasil. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. III. Montandon, Maria Cremilda Sucupira, coord. IV. Título.

CDD: 340.0981

REVISTA JURÍDICA
UNIJUS

Conselho Editorial

Adroaldo Junqueira Ayres Neto

Dale Fonseca e Silva Nunes

Edmundo Lima Arruda Júnior

Luís Fernando Coelho

Guido Luiz Mendonça Bilharinho

João Delfino

João Vicente Davina

José Alfredo de Oliveira Baracho

Miralda Dias Dourado

Ricardo Perdigão

Rosemiro Pereira Leal

Sérgio Tiveron Juliano

Vicente de Paulo Cunha Braga

Nota: Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não, com os pontos de vista da coordenação da Revista



Universidade de Uberaba

Av. Nenê Sabino, 1801
Bairro Universitário
38.055-500 – Uberaba – MG
Tel.: (0xx34) 319-8800/ramal 8897
Fax: (0xx34) 314-8910
Internet: <http://www.uniube.br>
e-mail: maria.montandon@uniube.br
ormezindaribeiro@uniube.br

Forum Mello Viana

Rua Lauro Borges, 97
4ª Promotoria de Justiça – Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba
38.010-060 – Uberaba – MG
Tel.: (0xx34) 332-0878
Fax: (0xx34) 666-8996

Projeto gráfico:

Alexandre Francisco da Silva Pereira
Studio Cone Sul
Rua Monte Caseros, 275
05590-130 – São Paulo-SP
Tel.: (0xx11) 816 1458

SUMÁRIO

- 09 EDITORIAL
- 10 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PROCESSO ADMINISTRATIVO
Getúlio Silva Ferreira de Faria
- 23 A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA
NA BUSCA DA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA
Lúcio Delfino
- 35 ANTINOMIAS DA ORDEM ECONÔMICA
ANÁLISE DE CASOS DE CONFLITOS NORMATIVOS NO TÍTULO VII DA CONSTITUIÇÃO
Alexandre Walmott Borges
- 45 A SÚMULA 377 DO STF
COMUNHÃO DOS AGÜESTOS
Aélio Paropat Souza
- 58 CHEQUE PÓS-DATADO
NATUREZA CONTRATUAL
Paulo Leonardo Vilela Cardoso
- 65 COMENTÁRIOS SOB A ÓTICA GARANTISTA, DA MP 1925
DISPÕE SOBRE A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO
Márcia Pereira
- 81 DIREITO E LINGÜÍSTICA
UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE
Ormezinda Maria Ribeiro
- 92 DIREITO E RAZÃO
ENTRE A BIOLOGIA E A PSICOLOGIA, O DESAFIO DE TEORIAS CONTEMPORÂNEAS
Gladstom Mamede
- 102 DOS ATOS PROCESSUAIS PELA VIA ELETRÔNICA
Adriano Perácio de Paula
- 108 FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL
NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL
Rosemiro Pereira Leal
- 115 GRUPOS DE PRESSÃO NO BRASIL
Pérsio Henrique Barroso
- 125 JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA
Edihermes Marques Coelho
- 134 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL ESTATAL EXTRA CONTRATUAL
A OBJETIVIDADE DA “FAUTE DE SERVICE”
José Carlos Fernandes Junior
- 153 TEMPO PROCEDIMENTAL E TEMPO JURISDICIONAL
NO PROCESSO CIVIL
Ana Carolina de Andrade Silva • Andréa de Almeida • Viviane Santos Rezende
- 162 UM ENSAIO CRÍTICO-TEÓRICO SOBRE POLÍTICA CRIMINAL
E DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
André Luís Del Negri
- 172 RESENHA
GOULART, CLÓVIS DE SOUTO - FORMAS E SISTEMAS DE GOVERNO.
UMA ALTERNATIVA PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA.
Alexandre Walmott Borges
- 176 INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES



EDITORIAL

A Universidade de Uberaba, em parceria com a Procuradoria Geral da Justiça do Estado de Minas Gerais, apresenta o terceiro número da Revista Jurídica UNIJUS.

Nesta oportunidade, enfatizamos a importância dos trabalhos enviados pelos colaboradores das duas vertentes que compõem essa publicação, a acadêmica e a prática jurídica. Dada a sua natureza complementar, essas contribuições subsidiam de forma positiva a formação de nossos estudantes, enriquecendo seus conhecimentos jurídicos e reforçando a parceria formada, cujo objetivo é o incentivo ao estudo e ao aperfeiçoamento cultural dos que militam na área Direito.

Nessa ótica, a Revista Jurídica UNIJUS apresenta trabalhos direcionados às questões de fundo filosófico e ético e contempla, do mesmo modo, aqueles dedicados à aplicação prática do Direito às questões que perpassam o dia a dia do homem moderno, outro aspecto fascinante dessa ciência.

Nosso desafio é buscar na edição de cada número o rigor conceitual no conteúdo dos artigos apresentados. É também buscar o aperfeiçoamento da apresentação gráfica e a qualidade editorial, de modo a torná-la sempre mais atraente e agradável de ser lida. Nosso compromisso é o de acolher democraticamente todas as contribuições aprovadas, desde que atendam aos critérios estabelecidos pelo comitê editorial para publicação.

Maria Montandon



A TEORIA DEMOCRÁTICA DE JÜRGEN HABERMAS



Suzana Gauer Vieira*

sumário

01. Administração Pública
02. Conceito e espécies de processos
03. Processo administrativo
04. Procedimento administrativo
05. Classificação dos processos administrativos
06. Princípios norteadores do processo
07. Princípios próprios do processo administrativo
08. Competência em matéria processual administrativa
09. Conclusão
10. Referências bibliográficas.

resumo

Este artigo é um resumo de uma pesquisa mais ampla que será oportunamente publicada e foi desenvolvida no primeiro semestre do ano de 2000 como subsídio teórico para as disciplinas de Teoria Geral do Direito e Sociologia Jurídica ministradas no Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A obra de Jürgen Habermas integra a rica e plural tradição de pensadores críticos e democráticos da modernidade. Sua trajetória intelectual é marcada pela busca da construção de uma teoria social crítica e dialética, propondo-se, desse modo, a continuar e complementar o projeto dos críticos da Escola de Frankfurt, ao reatar as relações entre teoria e práxis histórico-social, pensamento

crítico e ações emancipatórias. De outro lado, sua obra testemunha uma incansável e obstinada tentativa de defesa da democracia e das ações dialógicas e interativas como condição para uma legítima convivência social.¹

O pensador de Frankfurt compartilha com a filósofa Hannah Arendt a preocupação com a reconstrução de uma esfera pública autêntica, através da recuperação dos vínculos da política com a liberdade. Para Arendt, a práxis livre

* **Suzana Gauer Vieira**, Bacharel em Direito – UNISINOS –RS; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professora de Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Universidade de Uberaba; Professora de Criminologia e de Sociologia Jurídica no Curso de Direito, UNIT, Uberlândia

¹ Jürgen Habermas nasceu em 1929 em Düsseldorf, na Alemanha. Estudioso de Filosofia, Sociologia, Psicologia, Literatura, Política e Direito, participa, junto com Otto Appel, da segunda geração da Escola de Frankfurt. No entanto, supera em muitos aspectos a tradição dos críticos da cultura, ao formular teses radicalmente inovadoras, como as desenvolvidas nos livros “A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio”, “Teoria da Ação Comunicativa” e “Direito e Democracia”, onde apresenta uma das mais importantes críticas aos modos de exercício do poder tecnocrático nas sociedades capitalistas, analisando o processo de falsificação da práxis social pelo predomínio de uma racionalidade técnica e instrumental e estuda as condições para o estabelecimento de uma racionalidade crítica, através de processos dialógicos de comunicação nos âmbitos da comunidade científica e da vida social coletiva. Ele acredita que somente a dinamização de ações defensivas e ofensivas da sociedade civil, orientadas por uma racionalidade crítica, poderão barrar a colonização e empobrecimento da esfera cultural do mundo da vida, impedindo os abusos dos detentores de poder no Estado e no mercado e garantindo a sobrevivência das normas constitucionais democráticas criadas pelos cidadãos.

surge do agir em conjunto dos homens na esfera pública da política, quando estes podem discutir seus problemas e tomar decisões conjuntas, compartilhando a experiência da igualdade e da felicidade pública, através do exercício da cidadania. O exercício da autonomia política dos cidadãos, nos momentos em que estes se dispõem a agir coletivamente, mudando os rumos da história e da sociedade através do debate público plural, possibilita a humanização dos indivíduos e a renovação de sua cultura. A esfera pública da política aparece, assim, como expressão do processo instituinte de direitos e afirmação da liberdade e singularidade do ser humano na história. Há, nesse sentido, uma aposta na possibilidade de entendimento público como condição para a criação de normas

democráticas que encaminhem a busca de soluções racionais para os problemas da comunidade.

No presente artigo, pretende-se discutir uma pequena parte da trajetória teórica de Jürgen Habermas, procurando explicitar, dentro do possível e frente às limitações de espaço inerentes a um artigo, as principais críticas do autor às teorias positivistas e seu esforço na construção de uma teoria social crítica, através da elaboração do paradigma comunicativo, regido por uma racionalidade crítica e dialógica, assim como algumas de suas contribuições para a compreensão do direito e da democracia nas sociedades contemporâneas.

O estudo de autores democráticos nos Cursos jurídicos justifica-se plenamente, especialmente em países como o nosso, onde estamos atravessando uma grave e profunda crise de nossas instituições político-jurídicas, cuja origem

encontra-se numa trajetória autoritária e despótica de condução do Estado. No Brasil, os governantes ainda exercem o poder político de forma oligárquica e absolutista, através de práticas patrimonialistas e privatistas, desviando recursos públicos e utilizando-os para a promoção de interesses particulares, desprezando os princípios do Estado de Direito Democrático, violando sistematicamente a Constituição e os Direitos humanos básicos da nossa população. Nossa intenção no presente artigo é a de trazer algumas contribuições de Habermas que podem servir como subsídios teóricos para todos aqueles que acreditam na democracia e lutam pela consolidação do Estado Democrático de Direito e a efetivação dos Direitos Humanos de nosso povo.

1

A TEORIA DIALÉTICA E O PARADIGMA COMUNICATIVO

Habermas assimila a crença iluminista nos potenciais normativos emancipatórios presentes no projeto da modernidade. Seus estudos representam uma das críticas mais contundentes ao processo destrutivo da razão, atacando o cerne das correntes irracionistas de Nietzsche aos pós-modernos contemporâneos. Para ele, a crise da modernidade, e a barbárie realmente existente nas sociedades capitalistas contemporâneas, somente poderá ser seriamente enfrentada, com a retomada e reatualização da racionalidade de base crítica, o pensamento crítico e a práxis dialógica autêntica, já que o principal problema das sociedades atuais reside no processo de falsificação e reificação da razão. Tal processo se manifesta sob as mais diversas formas de ir-

racionalismo social e político, evidenciando-se na tendência generalizada de mercantilização e burocratização da vida social, diante do predomínio dos imperativos e interesses do mercado e do Estado, apoiados na instrumentalização da ciência e da tecnologia, sobre o princípio da sociabilidade democrática. A razão, enquanto capacidade humana reflexiva e crítica ordenadora das ações representa uma conquista da modernidade e pode nos ajudar a encontrar alternativas frente a realidade de “um século que como nenhum outro nos ensinou os horrores da não-razão existente”.²

As diversas crises do mundo contemporâneo exigem a ruptura e superação dos modelos filosófico e científico tradicionais, o paradigma subjetivista cartesiano e positivista característico da modernidade, deixando clara a necessidade de construção de novos modos de conhecimento, radicalmente comprometidos com a solução dos problemas atuais. Ao contrário da postura da neutralidade axiológica, postulada pelos teóricos positivistas, fundada na oposição arbitrária e ilusória entre conhecimento e interesse, ciência e poder, fatos e valores, ser e dever-ser, Habermas advoga o compromisso ético-político do cientista com a democracia, os direitos humanos e com os projetos e reivindicações dos movimentos sociais emancipatórios preocupados com a busca de soluções para os graves problemas culturais, sociais e ecológicos de nosso tempo.

A crítica às ideologias científicas e reconstrução dialética das relações entre conhecimento e interesse deve ser a tarefa inicial de uma teoria crítica, buscando-se, assim, desvendar os reais comprometimentos da ciência com o proces-

so de dominação social. O projeto habermasiano consiste, pois, em recuperar para o campo do conhecimento a racionalidade crítica e dialógica, por meio da reaproximação do conhecimento com a práxis histórico-social, buscando resgatar a dimensão prática e crítica da razão abafada e colonizada pela racionalidade técnica e instrumental positivista.

Trata-se de um projeto teórico que pretende ser “útil para a interpretação da crise atual e para promover o esclarecimento”.³ Nesse sentido, Habermas pode ser considerado um continuador do projeto iluminista, porém afasta-se dos ideais da filosofia idealista e subjetivista do século XVIII, através da construção do paradigma pragmático comunicativo. Não há na sua obra qualquer tentativa de fundamentação ontológica do conhecimento, através da busca de uma verdade absoluta e definitiva, nem a crença numa racionalidade evolutiva e intrínseca à história. O paradigma comunicativo pretende romper com a filosofia racionalista e subjetivista, cujas premissas cartesianas – separação dicotômica e arbitrária entre sujeito/objeto, a tese do sujeito de conhecimento onipotente voltado para o domínio instrumental da realidade etc. - acabaram por legitimar o conhecimento científico como um poderoso instrumento de dominação da natureza e dos homens. O modelo científico positivista levou as últimas consequências os ideais subjetivistas e totalitários cartesianos, a tal ponto de Habermas considera-lo como um dos principais sustentáculos ideológicos das sociedades industriais tecnocráticas.

As ciências empíricas e analíticas, fundadas na lógica racional e no cálculo técnico, provocaram uma funcionaliza-

ção e reificação do conhecimento, cujo resultado foi o abandono da reflexão crítica e do pensamento humano autêntico. Aos poucos, as ciências se transformam em atividades voltadas para a busca de resultados eficientes através da transformação da natureza e do mundo, preocupando-se prioritariamente com o planejamento e controle da vida social, a partir do domínio racional e instrumental da realidade externa.

Para a construção do novo paradigma, Habermas julga necessária a distinção entre as ciências fundamentadas nos métodos empírico-analíticos e as ciências históricas e hermenêuticas. É que as teorias positivistas adotam os métodos empírico-analíticos, transformando a realidade observável num objeto de manipulação técnica, e com isso reduzem a atividade científica a uma tarefa meramente instrumental a serviço dos interesses dominantes. Desse modo, a linguagem se dissocia dos processos sociais interativos e dialógicos e a “experiência biográfica individualizada” é suprimida em benefício da “experiência repetitiva dos sucessos do agir instrumental”. Ao contrário das teorias positivistas que separam conhecimento e práxis histórico-social, as ciências hermenêuticas e históricas reconhecem as relações entre teoria e experiência histórica, sujeito e objeto de conhecimento, assumindo-se como atividades críticas e criadoras de novas realidades, a partir do diálogo democrático com a sociedade. As teorias críticas buscam “assegurar a intersubjetividade da compreensão nas formas correntes de comunicação e garantir uma ação sob normas que sejam universais”, pretendendo assim compreender nos contextos plurais e indivi-

dualizados da práxis sócio-cultural, os modos de “auto-concepção dos indivíduos e dos grupos”, visando “orientar a ação e o entendimento recíproco” dos sujeitos na coletividade, sempre pressupondo “a possibilidade de um acordo sem coação e de um reconhecimento mútuo sem violência”. Em síntese, as ciências hermenêuticas orientam-se por um interesse prático e emancipatório, distinto dos interesses perseguidos pelo conhecimento técnico. É que as ciências hermenêuticas estão interessadas em compreender as ações sociais sempre “que entra em crise uma experiência comunicativa”, porém o seu objetivo não é o da “aprensão da realidade objetivada”, mas a preocupação com a “conservação de um entendimento intersubjetivo, em cujo horizonte a chamada realidade pode, pela primeira vez, irromper como algo”.⁴

Os estudos de Habermas são o testemunho de um pensamento dialético e anti-dogmático, de uma atitude intelectual aberta ao diálogo e à crítica democrática. Isto lhe permitiu recolher sugestões e contribuições teóricas importantes nos mais diversos campos do conhecimento, tanto que suas influências passam pelos filósofos do idealismo alemão, especialmente Kant e Hegel, pela crítica dialética de Marx e a sociologia compreensiva de Weber, as contribuições da filosofia analítica e das correntes pragmatistas, os estudiosos da linguagem, da psicanálise, o diagnóstico dos críticos de Frankfurt, e, inclusive, pelos estudos dos sociólogos sistêmicos, como Parsons e Luhman. Esta postura crítico-dialética, fundada no diálogo plural com as diversas produções teóricas da modernidade, possibilitou-lhe a construção de um rico pensamento e a confirmação

de uma vida regida efetivamente por uma práxis comunicativa e dialógica, o que contribui para o seu reconhecimento como uma das mentalidades mais criativas e democráticas do nosso tempo.

A atitude dialética contrapõe-se ao pensamento dogmático, monológico e impositivo, às críticas arrogantes e destruidoras das teorias contrárias, assim como às soluções únicas, firmadas sem o apoio de bons argumentos em processos deliberativos e racionais de discussão pública democrática. A proposta habermasiana radicaliza a tradição antiga e a moderna hegel-marxiana, ao levar a sério o projeto de uma compreensão histórico-dialética da vida social. A propósito, lembra Beno Siebeneichler:

a crítica dialética opõe-se, nessa linha de pensamento, a uma crítica dogmática...(…) a crítica dogmática procura impor à teoria criticada a própria visão. Demonstrando a falsidade da teoria contrária, ela conclui pela verdade da própria. Tal crítica é sempre exterior ao objeto criticado, não conseguindo realmente leva-lo a sério. (...) ... aos olhos da crítica dialética, as contradições da teoria criticada não constituem indícios de fraqueza do pensamento do autor tratado, mas indicadores de que um determinado problema ainda não foi resolvido definitivamente ou que está encoberto. Por isso, a crítica dialética está sempre numa relação de independência e de dependência com relação à teoria criticada.⁵

O caráter democrático de seu pensamento encontra suas raízes na tradição humanista iluminista e socialista, nas heranças plurais da modernidade e projetos críticos que o autor soube valori-

zar, porém que foram devidamente reavaliados e reelaborados com base nas novas condições da práxis histórico-social contemporânea. O pensador de Frankfurt pretende contribuir para o processo de transformação da sociedade, por meio das seguintes estratégias

a) liberar o potencial de racionalidade enquistado nas culturas de experts em política, ciência, arte, filosofia

b) sensibilizar o esclarecimento e a reflexão crítica para aquilo que foi desaprendido no decorrer de nossos processos de aprendizagem cultural e social, ou seja, a substância ética da tradição, a idéia de vida boa, bem vivida. Porque sem a idéia de vida boa, o discurso prático, consensual, de todos com todos, seria vazio. Impõe-se uma apropriação discursiva da substância ética da tradição. Coincide neste ponto com W. Benjamin na idéia de que é preciso conjurar os espíritos do passado.

a) Estabelecer e fortalecer instituições aptas a orientar a modernização social numa direção não capitalista e não-opressiva. Caso contrário, o esclarecimento seria apenas ilusória.

d) Referir exemplarmente o esclarecimento a movimentos sociais concretos que atualmente se opõem a colonização do mundo da vida. Tais movimentos podem ser vistos como potenciais de protestos: a denúncia, por parte da maioria – que deixa de ser silenciosa – de unilateralidade elitista das culturas de experts. A busca alternativa de técnicas e práticas esquecidas. Os movimentos de crítica social e ecológica ao capitalismo tardio, às tendências de burocratização e administração do direito, da ciência e da política⁶

Seus estudos pretendem auxiliar no esclarecimento crítico da população, contribuindo, assim, para a discussão e busca de soluções democráticas para os graves problemas das sociedades contemporâneas, mas não são teses de um pensador idealista que pretende ditar normas à realidade e substituir a práxis social. Se há algo de utópico no seu projeto, o que o qualifica como um pensador que radicaliza as teses e os projetos normativos emancipatórios da modernidade, é a sua crença e defesa obstinada da democracia, compreendida como um processo onde se expressam possibilidades objetivas de tomada de posição de um público que pode agir crítica e racionalmente diante de situações opressivas e nos momentos de crises. Uma certeza o acompanha em toda a sua trajetória intelectual: os problemas do nosso tempo e as diversas crises de natureza ética, política, social e ecológica só poderão ser enfrentadas seriamente através da implementação de processos democráticos de discussão e de deliberação. A pesquisa recente de Habermas desenvolvida no livro “Direito e Democracia” pretende esclarecer estas questões ⁷ :

Nas atuais sociedades ocidentais, a política perde sua autoconsciência e a orientação perante o desafio iminente de uma delimitação ecológica, do crescimento econômico e da disparidade crescente entre as condições de vida no Norte e no Sul; perante a tarefa historicamente peculiar de reorganização de sociedades onde imperava o socialismo de Estado; perante a pressão de correntes migratórias oriundas das regiões empobrecidas do Sul e do Oriente; perante os riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religi-

osas, de chantagens atômicas e de lutas internacionais de partilha. Aquém dos floreios retóricos, predomina a pusilanimidade. Nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis, mesmo que a democracia aparentemente continue sendo o ideal das populações. Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical. A presente pesquisa pretende transformar esse pressentimento num saber explícito.

A obra de Habermas sofreu muitas críticas, especialmente na América Latina, porém a divulgação recente de suas idéias vem contribuindo para desfazer conclusões ortodoxas, apressadas e superficiais. As acusações de elitismo e idealismo são, além de infundadas, profundamente injustas, já que o seu projeto não se restringe a defesa de uma democracia de especialistas, ao estilo do governo platônico que ditaria o melhor para a sociedade e para a política, independentemente da consulta e da manifestação pública da cidadania. Ao contrário do pragmatismo científico proposto por Popper, que restringe o diálogo e o consenso ao âmbito da comunidade científica, apostando apenas na possibilidade dos cientistas indicarem soluções racionais para a política, o projeto habermasiano vislumbra a democracia como um processo político e social, exercido em múltiplas instâncias e arenas de deliberação pública, não ficando, assim, preso aos muros da academia e a orientações sábias e paternalistas dos intelectuais. Para

ele, o processo democrático não pode ficar limitado apenas ao campo do debate científico, pois se manifesta nas diversas instâncias informais e plurais da sociedade civil e nos espaços institucionalizados do Estado.

Habermas recolhe as contribuições e projetos da sociedade civil, através da organização e propostas dos diversos movimentos sociais, buscando contribuir teoricamente para a construção de sua legitimidade, acompanhando e auxiliando no processo de renovação política e cultural da sociedade. A popularização e utilização de suas teses nos diversos encontros da sociedade civil nacional e internacional são o testemunho da atualidade, utilidade e importância de suas contribuições teóricas. Além disso, ele não está preocupado apenas com questões científicas ou técnicas, porém com problemas econômicos, sociais, morais, éticos e políticos reais propostos pela sociedade, através de associações e movimentos sociais, assim como com as questões levantadas pelas esferas públicas oficiais.

O pensador de Frankfurt julga que as posturas elitistas prejudicam os processos de integração social e a continuidade das práticas solidárias necessárias a manutenção da sociabilidade democrática. Por isso, denuncia como um dos principais problemas de nossas sociedades o crescente e radical distanciamento da cultura elitista dos especialistas – críticos de arte, cientistas e intelectuais, filósofos, economistas, burocratas e juristas – da esfera cultural comunicativa informal da sociedade civil. Acima de tudo, ele está preocupado com os riscos que colocam em perigo a democracia nas sociedades atuais, principalmente em

função do predomínio dos princípios do mercado e da burocracia estatal, e, mais especificamente, com a conjugação desses princípios sob a égide dos projetos privatistas neoliberais, cientificistas e globalitários. O paradigma comunicativo e deliberativo tem como pretensão promover o reencontro do cientista com as práticas emancipatórias dos movimentos democráticos da sociedade civil, visando construir alternativas para as diversas crises das sociedades contemporâneas.

2

OS PARADIGMAS DEMOCRÁTICOS: DEMOCRACIA LIBERAL, REPUBLICANA E DEMOCRACIA DELIBERATIVA.

Habermas pretende superar os paradigmas da democracia liberal e republicana, através da adoção do paradigma político deliberativo e procedimental. Para ele, os princípios do Estado Democrático de Direito precisam ser interpretados segundo as exigências das sociedades plurais e complexas contemporâneas. Nestas novas condições, o Estado não mais pode ser interpretado como um sistema político voltado para a proteção dos interesses privados e liberdades econômicas dos proprietários, já que o Estado liberal, o Estado mínimo e não-interventor, puramente voltado para a proteção de uma sociedade econômica acha-se derogado e superado historicamente, apesar dos discursos ideológicos neoliberais que tentam ressuscitá-lo. As tarefas do Estado contemporâneo alcançam outras áreas de proteção social, reclamadas pelas necessidades da sociedade

civil. Por outro lado, as correntes republicanas, apoiadas nas concepções contratualistas que apóiam a legitimidade da política na idéia de um Estado representante das tradições e valores éticos da comunidade, também não conseguem mais abarcar a realidade complexa e plural das sociedades contemporâneas e a nova compreensão da democracia introduzida pelas práticas de cidadania dos movimentos sociais.

Nas condições presentes nas sociedades contemporâneas complexas e racionalizadas, o sistema político institucionalizado assume tarefas importantes de integração social. Por meio das normas jurídicas, a política deve se comunicar com os diversos âmbitos sociais, regulando as atividades do mercado, da sociedade e da administração estatal. O conceito de democracia deliberativa nos ajuda a compreender esta nova realidade, pois pressupõe o reconhecimento de processos democráticos institucionalizados no Estado e informais presentes na sociedade civil, processos estes que se conjugados podem legitimar as decisões políticas.

Os processos políticos deliberativos constituem-se “através dos procedimentos formais de formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou apenas informalmente, nas redes da esfera pública política”, mantendo “um nexos interno com os contextos de um mundo da vida racionalizado”. As discussões públicas orientadas por processos institucionalizados para a tomada de decisões políticas dependem das fontes informais da sociedade que se alimentam de “uma cultura política libertária” e “uma socialização política esclarecida”, formadas espontaneamente na sociedade civil, prin-

cipalmente através de “iniciativas de associações” e movimentos autônomos que dificultam “as intervenções diretas do aparelho político”. Portanto, a democracia deliberativa é exercida nas arenas e canais de participação política institucionalizados ou informais que se comunicam por meio da linguagem do Direito. A democracia deliberativa fundamenta-se na idéia de um poder comunicativo que “resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia”.⁸

O conceito de democracia deliberativa procura radicalizar a idéia republicana de soberania popular, inserindo-a nos processos democráticos dialógicos oriundos da práxis política da sociedade civil. Trata-se do processo de validação discursiva das decisões políticas e da implementação da política democrática e do direito legítimo, com base na concordância dialógica e intersubjetiva dos cidadãos. Assim, “a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade”. A soberania do povo se realiza nos processos públicos deliberativos formais e informais, através da implementação de práticas plurais e dialógicas dos cidadãos. Os processos democráticos deliberativos formam o poder social comunicativo e este, como manifestação direta da soberania do povo, empresta ou não legítimi-

dade as decisões políticas parlamentares. As decisões políticas parlamentares só são legítimas e, portanto, democráticas quando se apóiam nas reivindicações e na aprovação da sociedade civil:¹⁰

A soberania popular não reside num sujeito individual, nem em competências jurídico-constitucionais; ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente.

A soberania do povo é, portanto, um processo que se realiza na atualização da opinião pública na esfera societária. A sociedade civil mobilizada assume a autoria do poder público comunicativo, exercendo a vigilância crítica dos atos governamentais e a denúncia dos atos políticos ilegítimos, assim como o poder instituinte e constituinte dos direitos democráticos, permanecendo como a fonte de todo poder político legítimo. A noção de democracia deliberativa sugere o exercício contínuo da crítica pública, independentemente de censuras e deformações, assim, como o livre gozo das liberdades comunicativas nas ações da sociedade civil. As práticas dos cidadãos autônomos, por meio da autodeterminação comunicativa e participativa, possibilita a afirmação, reinterpretação, revisão e reatualização dos princípios constitucionais do Estado de Direito, no sentido de lembrar aos detentores do poder que estes devem respeitar os direitos fundamentais da população inseridos na

Constituição e os novos direitos que ela está se atribuindo, em razão de suas necessidades e em nome do exercício da soberania popular.

Esta compreensão renovada da democracia pressupõe uma interpretação histórica e reflexiva da Constituição, entendendo-a como um processo de realização e construção de uma sociedade livre e justa, capaz de instituir as bases de legitimidade para uma convivência social democrática. Os intérpretes da Constituição são os cidadãos - e não apenas os juristas e especialistas em direito que tendem a substituir os verdadeiros criadores do direito - já que o poder constituinte, enquanto expressão da soberania popular, pertence aos cidadãos, que o exercem através do uso de sua autonomia política. Os cidadãos são os reais autores da ordem jurídica positiva e os legítimos titulares da soberania popular. São eles que precisam se entender sobre os modos de organização da vida social e sobre as normas que podem regular legitimamente as suas relações sociais.

A instituição de uma sociedade democrática depende, assim, da existência de espaços públicos democráticos, onde os cidadãos possam refletir criticamente sobre suas tradições, fazer uso da razão pública, através da crítica às instituições, as decisões políticas autoritárias e normas impositivas, buscando a correção de rumos, reformas e mudanças em busca de uma vida social livre e não-tutelada. As instituições democráticas são o resultado de conquistas da sociedade, especialmente de um público que não se acomoda diante de concessões autoritárias e benesses privadas e frente aos abusos do poder econômico e político.

3

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR

A desobediência civil pode ser definida como um conjunto de “atos de transgressão simbólica não violenta” das normas jurídicas.¹¹ Os atos de desobediência civil representam o aparecimento da cidadania na cena pública, quando os cidadãos retomam o princípio da soberania popular em suas mãos e relembram aos governantes que a sociedade é a verdadeira titular do poder constituinte. Na verdade, o poder popular não desaparece com a elaboração da Constituição, pois nas sociedades democráticas, o processo constituinte se afirma e reatualiza continuamente, através das ações comunicativas, deliberativas e críticas da cidadania.

A justificação da desobediência civil apóia-se, além disso, numa compreensão dinâmica da constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nesta ótica de longo alcance, o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos, o que equivale a interpreta-los melhor e a institucionaliza-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo. Esta é a perspectiva de pessoas privadas que participam ativamente na realização do sistema de direitos e as quais, invocando as condições contextuais modificadas, gostariam de sobrepujar na prática a tensão

que existe entre facticidade social e validade.¹²

Portanto, os movimentos de desobediência civil representam um processo político desencadeado pela sociedade em momentos de crise, organizados contra a violação dos Direitos Fundamentais e pela ampliação dos direitos existentes. Legitima-se juridicamente, pois representa a expressão concreta da soberania do povo, o que atualiza a “idéia original de auto-constituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais”.¹³ Este é o significado de uma Constituição democrática, formada pelo entendimento dos cidadãos em torno dos princípios e normas fundamentais para a organização da vida social e para a proteção das liberdades individuais e públicas. Toda vez que a soberania do povo é desprezada

pelos governantes através do desprezo aos direitos fundamentais da população, esta ocupa a cena pública para relembrar o significado do processo democrático instituinte de direitos. A repressão às manifestações populares reivindicatórias de direitos e contrárias aos atos ilegítimos dos governantes só confirmam o que os titulares da soberania popular estão publicamente denunciando, isto é, a ilegitimidade do poder político estatal, por desprezo e violação aos Direitos humanos e desrespeito ao princípio democrático da soberania do povo.

Em síntese, os atos de desobediência da população relembram aos governantes a origem democrática do poder político e que “a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública”. Tais atos contestam as deci-

sões políticas ilegítimas e violentas, quase sempre revestidas com a capa da legalidade formal, lembrando a origem social do poder político e do direito. A sociedade, “quando entra em crise, serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado Democrático de direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional”.¹⁴

4

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DIALÉTICA ENTRE DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR

Na sua Teoria do Discurso, o pensador de Frankfurt defende a tese de que somente os processos democráticos discursivos e deliberativos fornecem legitimidade ao direito. Somente os processos comunicativos e os mecanismos democráticos participativos garantem a livre manifestação da autonomia pública dos cidadãos. Tais processos precisam ser assegurados através da institucionalização jurídica dos direitos políticos de comunicação e de participação. Assim, “a teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos de comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais”.¹⁵

As decisões políticas, administrativas e judiciais devem obediência a processos comunicativos e argumentativos, o que significa que a validade e legitimidade das normas jurídicas, em última análise, será testada através de processos de validação discursiva presentes na

sociedade. Em outros termos, as leis, as decisões políticas e judiciais dependem da aprovação pública da sociedade. Decisões racionais são, pois, aquelas que preenchem as condições e pressupostos essenciais do discurso, fundamentando-se em argumentos sérios e relevantes e que se submetem ao processo de validação democrática e aceitação social das normas.

As normas jurídicas e as decisões políticas e judiciais só podem ganhar o status de normas válidas e legítimas quando baseadas e justificadas racionalmente no princípio do tratamento igualitário dos sujeitos de direitos que vivem numa comunidade jurídica. A igualdade jurídica e social só se efetiva com o reconhecimento e garantia dos Direitos Fundamentais, o que é necessário para o exercício da autonomia privada e pública dos cidadãos. Os Direitos Fundamentais expressam um sistema de direitos e garantias que assimilam a dialeticidade básica dos direitos individuais, sociais, coletivos e políticos, ou seja, a relação complementar entre as liberdades subjetivas necessárias a realização da autonomia individual e as liberdades públicas imprescindíveis ao exercício da soberania do povo e autonomia pública dos cidadãos.

Habermas pretende construir o modelo dialético de democracia deliberativa, superando assim os paradigmas dicotômicos e antagônicos da democracia liberal e republicana, tomando como tarefa fundamental à retomada dos vínculos e relações complementares entre os conceitos de direitos humanos e soberania do povo. É que a tradição liberal tende a priorizar o tema dos direitos humanos, entendendo-os como os direitos

naturais morais e individuais a serem resguardados pelo Estado. Para os liberais, os direitos humanos são a expressão da autodeterminação moral que fundamenta, em última instância, a legitimidade do poder político estatal. Já o paradigma republicano prioriza a perspectiva da soberania do povo, enfatizando as tradições da comunidade ético-política como a origem do poder político, através da recordação do ato fundador que confere legitimidade às instituições republicanas e as práticas da cidadania.

Desse modo, as teorias liberais e as republicanas consideram os temas dos direitos humanos e da soberania popular como modelos rivais e concorrentes, sem apontarem uma via teórica que integre dialeticamente o estudo da autonomia privada e pública dos cidadãos. Habermas pretende superar tais problemas, com a construção de uma nova teoria da democracia, fundamentada nos processos públicos comunicativos e deliberativos.

De um lado, as correntes liberais “postulam o primado dos direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político”.¹⁶ Os pensadores liberais apóiam seus argumentos nas teorias jusnaturalistas que postulam a origem dos direitos humanos no estado de natureza. Os direitos humanos, para estes autores, seriam a expressão de normas naturais racionais e obrigatórias que são impostas como deveres absolutos à consciência moral dos homens.

De outro lado, as correntes republicanas defendem a idéia de “auto-organização dos cidadãos” e, portanto, a primazia do princípio da soberania popular.

Assim, “aos olhos de uma comunidade naturalmente política, os direitos humanos só se tornam obrigatórios enquanto elementos de sua própria tradição, assumida conscientemente”. Os republicanos só consideram como válidos os direitos reconhecidos pela “vontade ético-política” da comunidade. Por seu turno, os valores éticos e políticos da comunidade são aqueles ancorados nas tradições e escolhas da coletividade.¹⁷

Porém, para Habermas, a autonomia pública entendida como a expressão da autodeterminação política e como processo de “auto-legislação de cidadãos” não pode ser derivada da idéia jusnaturalista de “auto-legislação moral de pessoas singulares”, como pretendia Kant. Tal proposta subordina o “direito à moral” e isto minimiza o poder social comunicativo e “a idéia de uma autonomia que se realiza no médium do próprio direito”. A auto-organização de uma comunidade jurídica pelos cidadãos “exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito”. O processo de “auto-legislação de civis”, permite a introdução do “princípio da democracia, a qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização” jurídica.¹⁸

O reconhecimento e garantia dos direitos subjetivos iguais a todos, a autonomia privada dos indivíduos, e das liberdades públicas comunicativas, a soberania popular exercida pelos cidadãos, permite uma reconstrução lógica e democrática da origem do sistema jurídico. Por isso, Habermas adota o princípio da democracia deliberativa para explicar a origem social e dialógica do direito. A relação complementar entre Di-

reitos humanos e soberania do povo, entre autonomia privada e pública possibilita a reconstrução da história do Estado de Direito e a compreensão do processo democrático que confere legitimidade ao direito.

A democracia deliberativa fornece as bases para a legitimidade do direito positivo, pois “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”. Tal processo inicia “com a aplicação do princípio do discurso ao direito à liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política”, pois, dessa forma, é possível “equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica”. Esta compreensão da origem dos “direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-origiário”.¹⁹

Desse modo, o pensador frankfurtiano introduz uma análise global e dialética dos Direitos Fundamentais, compreendendo-os como o conjunto de direitos de proteção às liberdades individuais, sociais e políticas necessárias para uma convivência social livre e democrática, com o respeito às liberdades públicas e à dignidade e integridade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são direitos essenciais que devem traduzir os mecanismos e garantias necessárias ao exercício da autonomia individual e pública. Estes podem ser resumidos como

os direitos subjetivos e pessoais, as garantias judiciais e processuais para a defesa dos direitos subjetivos, os direitos políticos de participação e comunicação da sociedade civil que conferem legitimidade ao poder e os direitos sociais e coletivos que permitem uma vida digna, com base na garantia de igualdade de oportunidades e condições de segurança social e coletiva contra os riscos das sociedades contemporâneas. São os

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

Estas três categorias de direitos nascem da aplicação do princípio do discurso ao médium do direito enquanto tal, isto é, às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. (...) ... esses direitos fundamentais garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente no seu de destinatários de leis, exigindo destarte um status que lhe possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente. Somente no próximo passo os sujeitos de direito

assumem também o papel de autores de sua ordem jurídica, através de:

(4)Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.

(5)Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4) ²⁰

Resumindo, primeiramente os direitos subjetivos e as liberdades privadas devem ser

reconhecidos e distribuídos igualmente a todos. Estas liberdades subjetivas são direitos de proteção à autonomia individual que necessitam do reconhecimento recíproco dos sujeitos que pretendem viver numa comunidade regida pelo direito.

Em segundo lugar, a aquisição do status de membro de uma comunidade jurídica implica a aceitação do direito positivo como sistema legítimo e adequado para regular a vida coletiva e a aceitação do Estado de direito como órgão autorizado a instituir normas jurídicas, através do Parlamento, em favor da coletividade estabelecida num determinado espaço geográfico territorial e numa época delimitada historicamente. Para tanto, os atores sociais devem abrir mão do uso privado da força em benefício do monopólio legal estatal da violência, porém a utilização da força estatal só legiti-

ma o uso da violência legal para a proteção dos direitos da própria coletividade. Através da aquisição do status de sujeito de direito pertencente a uma associação jurídica, o sujeito adquire a condição de cidadão e os direitos de participação no Estado. Na perspectiva da teoria comunicativa, com a “aplicação do princípio do discurso”, a aquisição do status de cidadão implica “que cada um deve ser protegido contra a subtração unilateral dos direitos de pertença” à comunidade jurídica, mas também deve ser reconhecido o “direito de renunciar ao status de membro” do Estado. Em terceiro lugar, os sujeitos de direitos precisam contar com os instrumentos e princípios processuais de defesa de seus direitos subjetivos, através do acesso livre aos Tribunais, com os meios e garantias judiciais adequados a sua proteção. Estes são os “direitos elementares de justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade de aplicação do direito, portanto, direito a serem tratados como iguais perante à lei”.²¹

Portanto, o sistema jurídico é estabelecido pela institucionalização do “direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito”. Tais direitos formam o núcleo do sistema jurídico ou “o código do direito” que “é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. Representam os “princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional se orienta”, o que significa que uma Constituição democrática deve necessariamente reconhecê-los e

propiciar as garantias para a sua efetiva proteção.²²

Em quarto lugar, os direitos de participação política devem ser assegurados a todos os cidadãos, já que são os direitos que possibilitam o exercício da autonomia pública. O sistema jurídico deverá garantir mecanismos e “as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo”. Na verdade, são os próprios cidadãos, como “civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia”. Seguindo o caminho proposto pelo “princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais”. Nesse sentido, as liberdades públicas e “os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis”. O reconhecimento das liberdades comunicativas decorre dos processos informais presentes na sociedade civil e no mundo da vida, orientado por uma práxis dialógica, voltada para o entendimento, já “as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão”.²³

O reconhecimento da autonomia privada e da autonomia pública originou-se do mesmo processo de instituição democrática do direito, já que os direitos subjetivos e os direitos democráticos se complementam e são co-origenários. Os direitos humanos e a soberania do povo surgem, pois, no mesmo processo de constituição de um Estado Democrático de Direito. Com essa visão global, evita-se, as reduções e oposições anti-dialéticas presentes nas teorias liberais e republicanas. As interpretações liberais tendem a minimizar o papel da cidadania e da autonomia pública dos cidadãos na atualização do princípio da soberania popular, defendendo direitos naturais de natureza moral que são reconhecidos pelas normas jurídicas estatais ou ficam a espera da formalização pelo direito positivo. Já as interpretações republicanas reduzem a importância dos direitos humanos, instrumentalizando-os “para fins de uma legislação soberana”.²⁴

Em síntese, para Habermas, “nada vem antes da prática da autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições de socialização comunicativa em geral e, de outro lado, o médium do direito”. Através do direito, o princípio do discurso transforma-se em princípio da democracia, por meio do qual os cidadãos passam a exercer a cidadania com base no reconhecimento dos direitos políticos comunicativos e de participação. A soberania do povo e a autonomia pública se manifestam nos processos democráticos de deliberação pública e no exercício dos direitos políticos fundamentais. Já, os direitos subjetivos que configuram o status de sujei-

tos de direitos garantem a dignidade e integridade humana e estabelecem as “condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política”.²⁵

Porém, os direitos privados não podem limitar o exercício da autonomia política dos cidadãos. Os direitos individuais são institucionalizados juridicamente como direitos subjetivos, por isso, “compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores” do direito, irão “empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer uso público de sua liberdade comunicativa”.²⁶

A partir de uma interpretação dialética, Habermas tentou demonstrar a origem democrática do direito, isto é, o surgimento da legitimidade dos direitos humanos e da soberania popular do próprio estabelecimento democrático da legalidade. Sua preocupação em resgatar a gênese democrática do Direito consiste em responder a uma questão mais profunda e que se consubstancia na tentativa de reconstruir e entender o dilema que acompanha a história do direito na modernidade e que pode ser subscrito nos conflitos entre as dimensões da facticidade e validade, a positividade e legitimidade das normas jurídicas estatais. Esta tensão só se desfaz quando a população assume conscientemente a responsabilidade pela criação dos direitos, investindo-se legitimamente na titularidade e auctoridade do direito, especialmente através da implementação de práticas políticas na sociedade civil que visam reconquistar

os espaços de liberdade perdidos e os direitos ameaçados. O direito não pode ser concebido como um sistema jurídico fechado que se auto-legitima através de procedimentos formais e da vontade da maioria parlamentar, como postulam as teorias positivistas e sistêmicas. A participação popular no processo de elaboração das leis é uma conquista histórica da modernidade e demonstra o grau de dependência do direito com relação à democracia. Tanto é assim “que as instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população acostumada à liberdade”.²⁷

A legitimidade do direito depende, portanto, do respeito aos processos e procedimentos discursivos democráticos, pois as normas jurídicas devem expressar as decisões fundamentadas comunicativamente e resultantes de entendimentos racionais.

Habermas aponta três tipos distintos de discursos legítimos e três formas respectivas de argumentação e validação democrática das normas. Resumidamente, nos discursos morais busca-se o estabelecimento da justiça e de normas universais válidas para todos, isto é, aquilo que é correto, válido e essencial para toda a humanidade. Os discursos éticos pretendem definir o que é bom para a comunidade, isto é, as normas que traduzem valores e tradições importantes para uma coletividade determinada. As decisões morais e éticas dependem de entendimentos democráticos e normas estabelecidas consensualmente entre todos os participantes envolvidos nos processos públicos deliberativos. Já as questões pragmáticas envolvem conflitos de

interesses e as decisões oriundas destes debates não envolvem um consenso absoluto, porém traduzem negociações e compromissos expressos em determinadas normas sobre questões fundamentais. Em síntese, em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias de ação são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas, na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos.(...) Uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes.²⁸

O processo democrático deliberativo coloca em ação procedimentos discursivos em que se manifesta a correlação entre a produção das normas jurídicas e a formação da opinião e da vontade por meio do poder comunicativo. Tal situação apóia-se num “modelo processual” argumentativo que “parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atingindo a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas”. Tal procedimento é indispensável para “a formação discursivamente estruturada da opinião

e da vontade de um legislador político”.²⁹

Assim as questões morais reclamam soluções justas e universalizáveis. Questões éticas devem ser resolvidas na base de um entendimento consensual sobre valores fundamentais para a coletividade, enquanto que os problemas pragmáticos exigem negociações e compromissos dos “partidos que agem voltados para o sucesso”. Os processos de negociação nas questões de natureza pragmáticas são adequados para situações conflituosas nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais de natureza moral e ética. Os conflitos pragmáticos exigem o estabelecimento de acordos fundados no equilíbrio destes interesses. Tais negociações devem levar ao estabelecimento de compromissos equitativos que sejam vantajosos para todos os envolvidos, com a exclusão dos agentes que se negam a cooperar e também não podem se basear na aceitação de “explorados que investem na cooperação mais do que ganham com ela”. Nestes casos não se fala em consenso em torno de princípios ou valores, pois os compromissos democráticos são firmados por diferentes partidos pelos mais diversos motivos e razões.³⁰

As decisões de natureza ética e os compromissos diante de questões pragmáticas não excluem de antemão a questão da justiça, já que tais decisões devem passar pelo teste da justificativa racional e moral, na medida em que os acordos e decisões obtidas através de procedimentos discursivos a princípio se fundamentam na suposição do igual reconhecimento de interesses e direitos de todos os envolvidos.

Os parlamentares, durante o processo legislativo, nos debates e discussões políticas, precisam fundamentar suas decisões em argumentos morais, éticos e pragmáticos. Porém, tais argumentos, ao contrário dos argumentos sociais cotidianos, não podem contrariar os princípios fundamentais do sistema jurídico. Por isso, as decisões políticas parlamentares devem passar pelo teste de sua coerência com a legislação vigente. Isto também acontece no processo de controle judicial, quando da possibilidade de revisão posterior das leis pelo Judiciário.

O “princípio da soberania popular” representa, pois, “a charneira entre o sistema de direitos e a construção de um Estado de Direito”. Este princípio postula que “todo o poder do Estado vem do povo” e que, portanto, a legitimidade do poder político estatal é deduzida “do poder comunicativo dos cidadãos”. Os cidadãos são os autores e criadores do direito, por meio dos processos democráticos que permitem a livre “formação da opinião e da vontade estruturada comunicativamente”. Portanto, a soberania do povo é um processo democrático contínuo, cuja tarefa fundamental é a solução dos conflitos e problemas sociais, a partir da tomada de decisões políticas democráticas e racionais. A “institucionalização jurídica de determinados processos e condições de comunicação” possibilita o exercício das “liberdades comunicativas iguais e simultaneamente estimula para o uso pragmático, ético e moral da razão prática, ou seja, para a compensação equitativa de interesses”.³¹

A soberania popular é exercida diretamente pela população, através dos movimentos e organizações da socieda-

de civil, quando a “competência legislativa” é transferida “para a totalidade dos cidadãos que são os únicos capazes de gerar, a partir de seu meio, o poder comunicativo de convicções comuns”. Os cidadãos precisam se convencer da legitimidade das decisões políticas e isto é feito por meio de “consultas e tomadas de decisão face to face”, com a utilização de procedimentos e mecanismos de participação popular no exercício do poder político nas esferas públicas estatais formais e societárias informais. Nos Estados de direito, o exercício da soberania popular também está a cargo de parlamentares e estes devem exercer o poder como representantes do povo, justificando suas decisões com base nos “discursos pragmáticos, éticos e morais” e preenchendo “condições de negociações equitativas”.³² Os representantes do povo no Legislativo tem como missão específica a solução dos problemas sociais e a tomada de decisões políticas através da elaboração de leis. Tais decisões devem obediência aos procedimentos democráticos, ao princípio da soberania popular e aos conteúdos do Direitos Fundamentais.

Porém, o Parlamento não delibera somente por meio de seus membros, pois a efetivação dos princípios jurídicos do pluralismo ideológico e político na prática política dos cidadãos possibilita a formação de uma opinião pública crítica na sociedade, através de diversas organizações e manifestações políticas, que tentam influenciar o sistema político. Daí “a necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar, bem como dos partidos políticos, através de uma formação informal da

opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos” e desenvolvida em processos deliberativos da sociedade civil. O princípio da soberania popular também se concretiza pelo reconhecimento e exercício do “princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionado através de uma justiça independente”.³³

As leis, aprovadas pelo parlamento e legitimadas pela população, constituem o instrumento para a defesa judicial de “pretensões jurídicas individuais”, garantidas pelas ações e princípios processuais que proporcionam “uma proteção jurídica individual ampla”. As decisões do Poder Judiciário apóiam-se em discursos de aplicação do direito, o que significa que suas decisões, num Estado Democrático de Direito, não podem se afastar dos princípios e normas do sistema jurídico positivo e, fundamentalmente, das normas constitucionais, garantindo, assim, o respeito aos Direitos fundamentais e ao princípio da soberania popular. O Judiciário, para a imposição de suas sentenças e execução do direito, recorre aos “meios de repressão do aparelho de Estado, passando a dispor, ele mesmo, de um poder administrativo”. É por isto que ele deve ficar separado das tarefas da legislação, permanecendo ligado ao sistema jurídico. As sentenças judiciais devem garantir “a segurança do direito”, através de decisões legais e constitucionalmente fundamentadas. Porém, tais decisões devem ser submetidas ao teste de legitimidade social, fundado na “aceitabilidade racional das decisões judiciais” pela população no exercício da soberania popular.³⁴

O princípio da soberania popular implica também o respeito dos gover-

nantes aos “princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração”. Os atos administrativos devem obedecer ao princípio da legalidade, o que significa que o Poder Executivo está subordinado ao princípio da soberania popular, através das leis elaboradas democraticamente e legitimadas pela população, e “de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos”.³⁵ O princípio da reserva legal permite a nulidade dos atos administrativos ilegais e contrários aos interesses públicos. A Constituição e a legislação democrática fornecem os limites para as ações do Executivo e do Judiciário.

O princípio da legalidade, baseado no “primado da lei legitimada num processo democrático significa, do ponto de vista cognitivo, que a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões”. Em outros termos, “o poder administrativo não pode interferir em processos de normatização do direito e da jurisdição”. As intervenções abusivas e indevidas do Executivo nas esferas de ação dos poderes Legislativo e Judiciário ferem o “princípio da proibição de arbitrariedade no interior do Estado”, os direitos individuais e “os pressupostos comunicativos de discursos legislativos e jurídicos, estorvando os processos de entendimento dirigidos pela argumentação, que são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade racional de leis e decisões judiciais”. A fiscalização pública dos atos do Executivo pelo Parlamento, pelo Judiciário e pela sociedade civil servem para inibir os abusos e arbitrariedades da Ad-

ministração.³⁶

Por fim, o princípio da soberania popular se concretiza no respeito ao “princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder”. Tal princípio foi formulado como postulado básico do Estado liberal clássico, visando a constituição de um Estado mínimo, restrito às funções de “segurança interna e externa” e voltado para a proteção das liberdades econômicas dos proprietários na sociedade civil. Neste “modelo de Estado de direito burguês” há uma separação entre as tarefas públicas de garantia da ordem social e as atividades privadas, dedicadas ao exercício das atividades econômicas. A sociedade civil “auto-regulada, liberada de regras do Estado” se encarregaria da solução dos demais problemas no livre jogo da concorrência e produção de mercadorias. Tal princípio liberal sofreu uma profunda transformação nas sociedades contemporâneas, como consequência das lutas sociais pela ampliação dos direitos e com a criação do Estado social, devendo hoje ser interpretado como expressão da autonomia política da cidadania, isto é, “a garantia jurídica de uma autonomia social que atribui a cada um, enquanto cidadão, as mesmas chances de utilizar-se de seus direitos políticos de participação e comunicação”.³⁷

O “poder social” dos grupos econômicos não pode interferir diretamente na administração pública, em respeito ao princípio da separação entre interesses públicos e privados e o ao “princípio da responsabilidade democrática dos deten-

tores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentos”. O Estado não é politicamente neutro, porém ele tem que “adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social”, sob pena de exercício autoritário e abusivo do poder, como assistimos nas sociedades contemporâneas, onde o poder político permanece ancorado em “arranjos corporativistas”, distanciando-se, assim, da “pretensão de realizar justiça política através da implantação de um direito legitimamente normatizado”.³⁸

O Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição, “institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas” e “regula a transformação do poder comunicativo em administrativo”. Este modelo de Estado deve propiciar as garantias jurídicas fundamentais para:

um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social - através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.³⁹

A legitimidade do direito não está desvinculada dos princípios de justiça, já que os argumentos morais não são dispensados do processo de criação e aplicação do direito, pois acompanham os momentos de discussão pública deliberativa. Os princípios morais, além de acompanharem os processos democrá-

ticos de instituição do Direito, estão inclusive institucionalizados juridicamente, através das normas jurídicas constitucionais, como no caso dos Direitos Fundamentais, positivados como princípios jurídicos deontológicos obrigatórios. Na verdade, “para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, aos menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica”.⁴⁰

Os princípios de justiça quando adquirem a forma de normas jurídicas obrigatórias representam uma conquista que pode ser potencializada e atualizada nos discursos das instituições democráticas e nas instâncias da sociedade civil, através da implementação do debate público deliberativo.

A Teoria comunicativa traz a legitimação da política e do direito para o contexto da práxis social concreta, defendendo a tese de que somente os procedimentos discursivos democráticos presentes nas práticas deliberativas emprestam validade as decisões políticas e judiciais. O público de cidadãos assume, assim, a tarefa de criação do Direito, como legítimos autores do sistema jurídico, sem mais a necessidade de recorrer a uma justificação ética transcendental das normas jurídicas. Nesse sentido, “uma compreensão procedimentalista conseqüente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais”. Dessa forma, a racionalidade “incorpora-se nas condições pragmáti-

co-formais possibilitadora de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapor-lá a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política”.⁴¹

5

O NOVO PARADIGMA JURÍDICO PROCEDIMENTAL E REFLEXIVO

O pensador de Frankfurt está interessado em pensar as possibilidades para a preservação das instituições democráticas e os processos deliberativos que possam manter as fontes comunicativas de produção do direito legítimo. Para ele, a democracia só pode ser adequadamente defendida pelas associações e esferas públicas informais presentes na sociedade civil, comprometidas com a emancipação e com a preservação e a criação de formas solidárias de relacionamento social. A crise da modernidade exige a atuação da sociedade civil e a retomada das ações democráticas, fato que se comprova com a emergência das práticas políticas e culturais renovadoras e emancipatórias dos movimentos sociais contemporâneos. Estes aparecem no cenário público implementando projetos culturais, econômicos, sociais e políticos, fundamentados na recuperação dos valores da solidariedade e da autonomia pública da cidadania. As associações comunitárias, movimentos culturais, ONGs e as redes de movimentos sociais nacionais e internacionais representam ensaios e experimentações de novas organizações sociais e políticas em busca da construção de uma nova cultura democrática e solidária.

Com base na teoria da democracia

deliberativa, formula os princípios norteadores de uma nova cultura jurídica, projeto este já anunciado nas práticas dos novos movimentos sociais. Para tanto, julga necessária a superação dos paradigmas hegemônicos no campo da teoria do direito, pois pensa que os modelos jurídicos liberal e social burocráticos já não mais respondem as necessidades, conflitos e problemas propostos pelas sociedades plurais contemporâneas.

As crises cultural e valorativa - de natureza ética, jurídica e moral -, ecológica, social e política das sociedades contemporâneas, colocam para a teoria do direito a tarefa de reexaminar os paradigmas jurídicos tradicionais, no sentido de construir uma nova compreensão do direito, apta a responder a natureza complexa, plural e conflituosa das sociedades atuais.

A proposta de Habermas, seguindo as contribuições dos cientistas sociais e constitucionalistas democráticos contemporâneos, consiste na edificação do paradigma jurídico procedimental, buscando “influenciar não só os operadores jurídicos, mas todos os atingidos” pelas regulamentações jurídicas. Portanto, tal projeto de edificação do novo paradigma é uma tarefa conjunta dos cientistas sociais, em especial dos sociólogos e estudiosos da teoria do direito, juristas, magistrados, parlamentares, operadores jurídicos e, principalmente, dos movimentos democráticos da sociedade civil. Este novo projeto cultural visa a construção e efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito, compreendendo-o como projeto de realização dos direitos humanos e da soberania do povo. O paradigma jurídico procedimental e refle-

xivo pressupõe o entendimento democrático dos cidadãos sobre as formas adequadas para a sua solução de seus problemas.

O projeto jurídico procedimentalista, “divergindo do paradigma liberal e do Estado social” dispensa e “não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma visão de vida boa ou de uma determinada opção política”. Nesse sentido, representa um modelo formal na medida em “que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los”. O novo paradigma comunicativo procura “influenciar não somente a auto-compreensão das elites que operam o direito, na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos”. Tal proposta de recuperação de uma prática discursiva dialógica “não visa a doutrinação, nem é totalitária”, na medida que “o novo paradigma submete-se às condições de discussão contínua”.⁴²

Habermas quer resguardar os processos comunicativos dialógicos, as relações intersubjetivas orientadas pelo entendimento cooperativo, que são a fonte principal para o exercício da autonomia pública da cidadania. Somente os sujeitos que são diretamente atingidos pelos problemas sociais e por situações de injustiça podem definir, através do diálogo entre os iguais no sofrimento e na vivência dos dramas existenciais e sociais, os princípios e normas que são necessárias para o estabelecimento de uma vida digna e uma convivência social justa e democrática. A comunidade jurídica deve ficar atenta as reivindicações políticas e

jurídicas da sociedade civil, se quiser contribuir com o processo de consolidação da democracia e com a realização do direito.

O Estado Democrático de Direito representa um processo de construção de uma sociedade livre, autônoma e emancipada, projeto este que só sobrevive e se atualiza pelas ações culturais críticas, vigilantes e criativas da sociedade civil. O paradigma procedimentalista reconhece o processo democrático de manifestação da soberania do povo, como a fonte do poder comunicativo que fornece, em última análise, validade e legitimidade ao direito. A autonomia pública da cidadania e o princípio da soberania popular expressam a idéia de que “os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabelecem, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo”.⁴³

Através desse processo democrático, com as garantias jurídicas e políticas do exercício das liberdades políticas comunicativas e participativas, especialmente através do reconhecimento do pluralismo político e ideológico, a sociedade pode exercer a crítica pública das normas jurídicas e das decisões políticas, judiciais e administrativas. Tal situação representa a contínua relação de tensão entre as dimensões da positividade ou vigência formal (facticidade) e validade material do direito (legitimidade). Numa sociedade democrática, somente o público de cidadãos pode validar crítica e discursivamente as normas jurídicas, emprestando, assim, legitimidade às decisões estatais.

O paradigma procedimental leva a

sério os problemas, os projetos, as contribuições e soluções apresentadas pela sociedade civil, já que segundo as propostas da democracia deliberativa e do modelo reflexivo de direito, os próprios envolvidos devem definir as formas de solução de seus problemas e as normas adequadas para tal resolução. Na realidade, este novo paradigma tende a acompanhar os projetos de construção de uma nova cultura política e jurídica, fundamentadas nos princípios da democracia deliberativa e na recuperação dos valores da solidariedade e da autonomia política defendidos na esfera pública societária.

Para o modelo de direito procedimental, “a sociedade civil e a esfera pública política constituem” as fontes legítimas e democráticas das normas jurídicas e são “pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada”. Isto porque nas sociedades contemporâneas, marcadas pelos processos de mercantilização e burocratização da vida social, “as fontes mais escassas não são a produtividade de uma economia organizada pela economia de mercado, nem a capacidade de regulação da administração pública”, pois “o que importa preservar é, antes de tudo, a solidariedade social, em vias de degradação, e as fontes do equilíbrio da natureza, em vias de esgotamento”. E somente poderemos pensar em regenerar as fontes de ações solidárias nas sociedades atuais, por meio das iniciativas democráticas da sociedade civil.⁴⁴

O paradigma reflexivo e procedimental despede-se igualmente de uma inter-

pretação idealista da Constituição. A Constituição não pode mais ser interpretada como um projeto utópico ou como um processo substitutivo da utopia, que parte da idéia de “uma unidade entre razão coletiva e onipotência secularizada institucionalizada no Estado”. Antes, a Constituição é um projeto da sociedade que pretende a sua realização concreta, através da atualização dos Direitos Humanos e da democracia nas práticas da cidadania da sociedade civil. A Constituição, enquanto um processo que pretende realizar o Estado de Direito Democrático, “configura a idéia de uma sociedade civil e de sua capacidade de influir sobre si mesma através de processos discursivos e através de institucionalização inteligente”.⁴⁵

Para esta nova compreensão da democracia, o poder constituinte não se despede da cena pública logo após a elaboração da Constituição, pois permanece continuamente atuante e vigilante nos processos de discussão e de formação da vontade política. A sociedade civil é a verdadeira titular do poder constituinte e isso tem efeitos importantes para a legitimidade do poder político estatal, já que este só obtém legitimidade através do reconhecimento do poder comunicativo popular. Em síntese, o poder constituinte originário está presente nas esferas públicas de formação da opinião e da vontade popular que se manifestam permanentemente nos cenários da sociedade civil. O processo constituinte é, assim, permanente e não pode ser suspenso e interrompido quando da promulgação da Constituição. Ele se presentifica e se atualiza através das ações da sociedade civil na defesa de seus Direitos fun-

damentais e nas reivindicações por novos direitos, capazes de satisfazerem as carências, necessidades e desejos da população.

Habermas está preocupado com a crise do Estado Constitucional e acredita que somente a democratização das relações sociais e políticas podem impedir o esfacelamento dos princípios e normas constitucionais democráticas. O paradigma procedimental estabelece as formas comunicativas para o entendimento recíproco dos cidadãos. No entanto, sabemos que nas sociedades contemporâneas as decisões políticas são tomadas pelos governos e pelas burocracias partidárias e tecnocráticas, que tendem a expressar alianças entre o Estado e os detentores de poder no mercado, auxiliados por processos publicitários desenvolvidos pelos meios de comunicação. Na verdade, tais instituições tendem a substituir a discussão pública democrática nos Paramentos e a possibilidade de uma formação da opinião pública crítica na sociedade civil, por instrumentos publicitários e deformadores da vontade e opinião do público. A própria política e o processo eleitoral tendem a se transformar num espetáculo sujeito às leis do mercado publicitário e aos interesses dominantes, comandadas por corporações e grupos de interesses.

No entanto, para Habermas, “os atores da sociedade civil, até agora negligenciados, podem assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de consciências, quando tomam consciência da situação de crise”. Nessas situações, as organizações e movimentos sociais da sociedade civil “têm a chance de inverter a direção do fluxo convencional de

comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando deste modo de solucionar problemas de todo o sistema político”.⁴⁶

Ao contrário do sistema político estatal, a esfera pública societária se mostra sensível para captar os graves problemas da sociedade, transformando-os em temas de interesse geral, através da formação da opinião pública crítica. Foram os atores da sociedade civil nacional e internacional, preocupados com os destinos da humanidade, os primeiros a denunciar os problemas e propor soluções democráticas para as diversas crises das sociedades contemporâneas. Basta lembrar

...dos grandes temas surgidos nas últimas décadas – pensemos na espiral do rearmamento atômico, nos riscos do emprego pacífico da energia nuclear, no risco de outras instalações técnicas de grande porte ou de experimentos genéticos, pensemos nas ameaças ecológicas que colocam em risco o equilíbrio da natureza (morte das florestas, poluição da água, desaparecimento de espécies, etc.), no empobrecimento progressivo e dramático do Terceiro Mundo e nos problemas da ordem econômica mundial, nos temas do feminismo, no aumento da imigração que traz conseqüências para a composição étnica e cultural da população, etc.⁴⁷

Tais problemas não são levantados pelos integrantes do Estado e pelos detentores de poder no mercado, porém por ativistas de movimentos sociais nacionais e internacionais, ONGs, cientistas, intelectuais, religiosos, artistas e por

setores profissionais comprometidos com a construção de uma vida social democrática, com base na edificação de uma cultura solidária e na defesa de melhorias na qualidade de vida individual e coletiva.

Ao lembrar a origem democrática dos direitos humanos, Habermas pretende demonstrar a importância do paradigma jurídico procedimental e reflexivo que se apóia na idéia de que são os próprios autores do direito quem estabelecem as normas justas e democráticas adequadas para regular a sua vida social e para suprir suas necessidades sociais e existenciais. Assim, ao contrário dos paradigmas liberal-burguês e social de direito, fundamentados num modelo jurídico formal e burocrático-legal a cargo de especialistas, o paradigma procedimental busca sua origem, comprovação e validade nos processos sociais e políticos democráticos comunicativos:

Diferindo do direito formulado ou desenvolvido por juristas profissionais, o teor e o estilo dos direitos fundamentais revelam enfaticamente a vontade declarada de pessoas privadas que reagem a experiências concretas de repressão e de ataque aos direitos humanos. Na maioria dos artigos referentes aos direitos humanos ressoa o eco de uma injustiça sofrida, a qual passa a ser negada, por assim dizer, palavra por palavra”.⁴⁸

A construção de uma cultura jurídica democrática, atenta às reivindicações da sociedade civil e ao processo de criação social dos direitos pelos novos movimentos sociais, é uma tarefa do nosso

tempo que demandará esforços dos juristas e operadores do direito que buscam alternativas para a crise das instituições político-jurídicas e acreditam na contribuição do direito para o processo de renovação cultural das sociedades contemporâneas. A superação do paradigma jurídico positivista burocrático-legal que legitimou os modelos de Estado liberal e social representa o principal desafio a ser suplantado para a plena consolidação do Estado democrático de Direito, informado por uma cultura de respeito aos Direitos Humanos Fundamentais e aos novos direitos que o povo autônoma e soberanamente vem se atribuindo através do exercício da práxis política da cidadania.

6 CONCLUSÃO

No atual estágio de desenvolvimento global do capitalismo, agrava-se a crise do Estado Constitucional Democrático, com o ressurgimento de práticas autocráticas e absolutistas, através da implementação de velhas e novas formas de apropriação privada dos bens públicos, aprofundando-se a confusão entre os interesses públicos e privados – mercado e Estado - e a tendência ao controle despótico e burocrático da sociedade. Tal processo é ainda mais grave nos países marcados por uma trajetória política autoritária e patrimonialista como o Brasil, onde ao lado da crescente e desmedida onda de corrupção estatal, assistimos a subordinação do País às políticas privatistas neoliberais que tendem a levar o país a um processo de regressão social sem precedentes. A liberação ili-

mitada do mercado nacional, com a flexibilização das relações de trabalho, a privatização dos setores públicos, inclusive os sociais e estratégicos, a desconstitucionalização dos direitos sociais, a falta de políticas de crescimento econômico e distribuição da riqueza, a constante e cotidiana violação criminosa dos direitos humanos básicos de nossa população indicam um ataque cruel a nossa já frágil democracia e uma flagrante ilegitimidade dos governantes no exercício do poder político estatal.

No entanto, a gravidade destes problemas e as conseqüentes crises da democracia representativa e do Estado nacional e social podem levar a sociedade civil a manifestações e reações, visando reatar os vínculos que unem o Estado ao poder comunicativo societário. Sabemos que nenhum Estado se mantém legitimamente sem o consentimento democrático da população, ou apenas com base em procedimentos parlamentares formais previstos na Constituição, como pretendem ingenuamente as correntes positivistas. As decisões políticas, transformadas em leis pela aprovação da maioria do parlamento, não conferem por si só validade ao Direito, pois tais decisões só serão legítimas se não contrariarem os Direitos Fundamentais e os princípios do Estado Democrático de Direito, expressos pelos valores da dignidade humana, igualdade jurídica e social, e os direitos que garantem as liberdades individuais e públicas, com o respeito aos direitos individuais, sociais, coletivos e políticos. Além disso, as leis precisam ser avaliadas criticamente pela cidadania, passando pelo teste de sua aceitação pública e social. Esta é uma das princi-

pais contribuições da teoria da democracia deliberativa de Habermas que podem auxiliar a tomar posição diante dos atos autoritários e ilegítimos dos nossos governantes.

Os movimentos sociais tiveram um papel fundamental na redemocratização do Brasil, especialmente nos anos 80, participando ativa e corajosamente em momentos decisivos de nossa vida pública, permanecendo vigilantes e atentos aos processos políticos institucionais, inclusive no processo constituinte de 1987, quando marcaram sua presença no cenário político nacional com conquistas democráticas impensáveis até então. Hoje, reaparece a necessidade de sua intervenção no processo político institucional e tudo indica que a esfera pública societária tende a ser reativada diante das denúncias de corrupção estatal e dos atos de violação à Constituição, a gravidade da crise econômica, a violência e arbitrariedade dos atos dos governantes no exercício do poder político.

A reação crítica dos movimentos democráticos da sociedade civil representa no atual contexto histórico-social uma necessidade impreterível e o único obstáculo sério que poderá ser interposto aos abusos e violências cometidas pelos detentores do poder político e econômico em nosso País. Fora dessa alternativa, continuaremos mergulhados na crise social e econômica agravada pelas políticas neoliberais que obrigam milhões de brasileiros a suportarem condições de vida desumanas e injustas, com a perspectiva nada alentadora de aumento da violência e dos conflitos sociais que podem nos levar a uma regressão social sem precedentes, inviabilizando projetos

de vida coletiva e a sobrevivência das classes populares e das diversas culturas nacionais. As lutas pela efetivação dos Direitos Humanos e pela consolidação do Estado Democrático de Direito em nosso País são tarefas inadiáveis que exigem um esforço maior da sociedade civil na construção de uma opinião pública crítica e corajosa no exercício da cidadania, buscando a instituição de práticas e projetos sociais que resgatem a dignidade humana e solidariedade social e promovam as condições para uma convivência social democrática.

7

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980

_____. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1992

FREITAG, Bárbara. **Teoria Crítica: ontem e hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1988

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Razão Comunicativa e Emancipação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994

791, III do CPC, ou seja a suspen-

são da execução por ausência de bens em nome do devedor.

Para tanto, mister um estudo mais aprofundado no instituto “suspensão do processo de execução”.

Diz o artigo 793 do Código de Processo Civil:

“Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes”.

Durante a suspensão nenhum ato executivo novo pode ser praticado, sob pena de nulidade. Subsistem, contudo, os efeitos do processo, como, por exemplo, a penhora e depósito dos bens executados. Pode o juiz, em caráter excepcional, determinar medidas cautelares que julgar urgentes, como por exemplo a alienação de bens facilmente deterioráveis. (art. 1.113 e §§)

A eficácia da suspensão é *ex nunc*, ou seja, atinge o processo apenas na fase ou situação em que se encontrar, projetando seus efeitos a partir de então só para o futuro. Inibe o prosseguimento da marcha processual, mas preserva intactos os atos já realizados. Ao final da crise de suspensão, o processo retoma seu curso normal a partir da fase em que se deu a paralisação, salvo se, a causa de suspensão transmutar-se, a seu termo, como ocorre nos casos de extinção da execução.¹³⁵

5. Classificação das Normas Sus-

pensivas

Entende-se por suspensão do processo, o “sobrestamento temporário da relação processual, face a uma crise provocada em seu curso regular por ato ou fatos jurídicos”.¹³⁶

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹³⁷, conceitua suspensão como sendo uma situação jurídica provisória e temporária, durante a qual o processo (embora pendente, sem deixar de existir) detém o seu curso e entra em vida latente. O procedimento deixa de seguir avante e, em princípio, nenhum ato processual pode ser realizado durante esse período. Estar suspenso o processo significa que serão ineficazes os atos que nesse período eventualmente se realizem (CPC, art. 266)

É de bom alvitre, citar, até para melhor compreensão da matéria as classificações das normas suspensivas. Isto porque o elenco das causas de suspensão, contidas ou não no art. 791 do Código de Processo Civil, permite algumas classificações úteis ao melhor entendimento da própria mecânica da suspensão do processo executivo.

Em nosso direito, existem casos de suspensão determinadas por lei, e os casos que admitem a suspensão convencional, ou seja, aquelas que emanam da vontade das partes, que resume-se em apenas um caso (art. 791 II, c/c 265, II).

Existem, porém, casos em que a suspensão é necessária. São os casos de embargos do executado ou de terceiro;

morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador, quando for oposta exceção e demais casos previstos em lei.

6. A Suspensão do Processo Executivo e a Prescrição Intercorrente

Neste contexto é que, após conceituar a prescrição e as causas suspensivas do processo de execução, colocar-se-á os dois institutos lado a lado, para tentar responder o seguinte questionamento:

Se a suspensão do processo de execução ocorrer por não ter o credor encontrado, em nome do devedor, patrimônio passível de ser penhorado, aplicar-se-á, o instituto da prescrição intercorrente, iniciando-se, a partir da data do sobrestamento do feito, a contagem do prazo prescricional?

Para Humberto Theodoro Júnior¹³⁸ a resposta é negativa, considerando que o objeto da execução forçada são os bens do devedor, dos quais se procura extrair os meios de resgatar a dívida exequenda. Não há no processo de execução, provas a examinar, nem sentença a proferir. E sem penhora, nem mesmo os embargos à execução podem ser opostos. Daí porque a falta de bens penhoráveis do devedor importa em suspensão *sine die* da execução. (art. 791, III)

Contra este argumento, assevera Araken de Assis¹³⁹ que a suspensão indefinida se afigura ilegal e gravosa, porque expõe o executado, cuja responsabilidade se cifra ao patrimônio (art.

591), aos efeitos permanentes da litispendência. Mesmo que a responsabilidade respeite a bens futuros, eles servirão ao processo futuro, e não, necessariamente, ao atual.”

E também Vicente Grecco Filho, quando afirma que “suspensão do processo, recomeça a correr o prazo prescricional da obrigação, esta circunstância é especialmente importante no caso de não serem encontrados bens penhoráveis. Decorrido o lapso prescricional, o devedor pode pedir a declaração da extinção da obrigação pela prescrição”.

A primeira posição parece mais acertada pois, extinguir o processo com julgamento de mérito porque não foram encontrados bens passíveis de serem penhorados é decisão que privilegia o devedor, ainda mais em uma sociedade em que a inadimplência tem se tornado prática usual. Verifica-se claramente esta injustiça na execução de um cheque, cujo prazo prescricional é de seis meses. Neste caso, suspensão do processo por não ter o exequente, embora diligente, encontrado bens a penhora, pode o devedor pedir a extinção do processo com julgamento do mérito (artigo 269 IV), pela ocorrência da prescrição intercorrente. A partir deste momento não pode mais o credor postular nova ação de execução e reaver o seu crédito. A omissão do artigo 791, III, em não determinar o modo como se opera a suspensão, causa prejuízo ao credor. O devedor, por outro lado torna-se beneficiário de tal instituto, já que basta, neste interstício de seis meses (utilizando o exemplo do cheque), ocultar seu patrimônio – prática usual –

para se ver livre do processo expropriatório.

Como se vê, a suspensão ocorre por força de lei, e não por vontade do titular do direito. Ora, Como já dizia Câmara Leal, uma das condições elementares da prescrição é a inércia do titular da ação e por esta razão não há que se falar em inércia do exequente quando ele por força de lei, está impedido de realizar certos atos processuais a não ser diligenciar em busca de bens do devedor, o que hoje, merece dizer, é tarefa árdua. Ora, a prescrição nasceu para punir o titular do direito que se conserva inativo e não para punir aquele que, embora diligente, não encontre patrimônio em nome do executado.

Desta forma, enquanto não localizados bens em nome do devedor, impossibilitado se acha o credor de dar o devido impulso ao feito. A prescrição, assim, é insuscetível de fluir contra aquele que não pode agir, sendo esse o caso do credor que não tem como dar seguimento à execução em razão da inexistência de bem penhorável, a qual, por isso mesmo, deve permanecer suspensa nos termos do art. 791.

Diante destes casos, melhor seria o exemplo trazido pela lei de execução fiscal (6.830/80), que, lembrada por Araken de Assis¹⁴⁰, prevê, em seu artigo 40, que o juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não ocorrerá o prazo de prescrição.

É brilhante, a referida lei, quando prevê, ainda, que decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrado patrimônio penhorável, o juiz ordenará o arquivamento dos autos, porém tal arquivamento, tem efeito apenas “administrativo”. Isto porque, quando o credor encontrar a qualquer tempo bens, o processo será desarquivado para o prosseguimento da execução.

Trata-se de solução que muito poderia ser acolhida pelo Código de Processo Civil, em razão da omissão do artigo 791, III, porém não é aplicável aos demais procedimentos em razão de sua especialidade.

7. Conclusão

Portanto, firme o entendimento de que estando suspensa a execução, a requerimento do credor, pela inexistência de bens penhoráveis, não deve haver curso do prazo prescricional. Isto porque não se pode imputar qualquer desídia ao credor que não pôde agir por não ter encontrado bens do devedor, acrescentando-se, também, que não é a inércia do exequente que paralisa o feito, mas sim, disposição processual. Ademais, os institutos da prescrição e decadência têm por escopo a paz social e não o locupletamento de quem quer que seja, ou muito menos a punição do credor em face da ocultação ou desaparecimento do devedor. Concluí-se, então, que quando se operar a suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis a requerimento do credor, não ocorre a prescrição

intercorrente, posto que não há negligência do credor, nem tampouco providência que deva tomar. Existe sim, disposição expressa que determina a suspensão *sine die* da execução (art. 791, III).

Para não mais existir lacuna a este respeito e evitar as decisões contraditórias pelos tribunais do País, melhor seria uma reforma no artigo 791 do Código de Processo Civil, para regulamentar a matéria. O ideal, seria que o artigo 791, a exemplo do artigo 40 da Lei 6.830/80, fixasse prazo para o término desta suspensão e findo este período, o processo seria submetido a uma espécie de arquivamento administrativo. Com a adoção deste procedimento, o processo de execução ao contrário de extinto, é remetido ao arquivo. Com esta hipótese, encontrados, a qualquer tempo, bens penhoráveis em nome do devedor, o processo é desarquivado e a execução prosseguirá.

8. Bibliografia

ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**, 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Títulos de Crédito, Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 207.

CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. **Da prescrição e da decadência**. São Paulo: Saraiva e Cia, 1939.

CASTRO, Amílcar de. Prescrição de

direito no curso da lide, **Revista Forense**, 124/17.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURNO. **La sospensione del processo esecutivo**. Milão, Itália: Giuffrè 1956, n. 16, p. 65-66.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGRÃO, Theotonio, **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e legislação Civil em Vigor**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das Execuções, Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1979, v.2.

PORTANOVA, Rui. **Temporiedade de suspensiva do processo de execução**. Porto Alegre: Ajuris 27, 1983.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil, Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1997, v.2.

THEDORO JÚNIOR, Humberto.

Processo de Execução, 13. ed. São Paulo: LEUD, 1989.

teóricas e metodológicas da proposta; 2.1-A Sociolinguística e as outras teorias; 2.2-O mal-entendido na interpretação do texto escrito; 2.3- Um breve perfil dos sujeitos que elaboraram os textos 3- A análise; 4- Considerações Finais; 5- Referências Bibliográficas

RESUMO

Nesse artigo busca-se analisar a questão do mal-entendido na interpretação de um texto legal, apresentando a Sociolinguística como uma teoria linguística que se propõe a buscar o que de social é constitutivo da linguagem e que coloca a ação linguística ao lado da ação não-linguística, de modo a compreender o ato linguístico simultaneamente ao ato social. São examinadas nas marcas linguísticas de argumentação do corpus selecionado, a complexidade das relações intertextuais que permeiam, ou tangenciam o texto legal e que torna evidente a opção por uma proposta de abordagem através de uma teoria que não restrinja a linguagem a um mero instrumento de comunicação, ou que ao menos aponte para o fato de que também a não comunicação ou o mal-entendido tem seus propósitos ideológicos. Em um terceiro momento analisaremos.

Construção, destruição e (re) construção do sentido: uma análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal.

Irma Beatriz de Araújo Kappel *
Míriam Silveira Parreira **
Ormezinda Maria Ribeiro ***

SUMÁRIO

1- Introdução; 2-Delineando linhas

1-INTRODUÇÃO

“A sociolinguística difere de algumas preocupações anteriores com as relações língua sociedade, pelo fato de que, seguindo novas perspectivas da própria linguística, considera tanto a língua quanto a sociedade como sendo uma estrutura

e não uma coleção de itens ”
(FONSECA, 1974, p. 17)

Muitas vezes, para se compreender as interpretações que são dadas aos textos legais, busca-se na lingüística imanente as respostas a essas questões, na tentativa de condicionar os fatores internos ao sistema lingüístico ao que se denomina interpretação, sem, entretanto, direcionar a análise para uma teoria que, além de lingüística, vislumbre também uma leitura sociológica da situação em evidência.

Assim, para analisar a questão do mal-entendido na interpretação de um texto legal, esse artigo procura apresentar a Sociolingüística como uma teoria lingüística que se propõe a buscar o que de social é constitutivo da linguagem e que, sobretudo, coloca a ação lingüística ao lado da ação não-lingüística, de modo a compreender o ato lingüístico simultaneamente ao ato social.

A questão posta em relevo por essa teoria é exatamente como considerar aquilo que é socialmente constitutivo. Uma teoria lingüística que leve em conta não apenas os enunciados produzidos, mas o evento particular que produziu a enunciação é, ao nosso ver, a base sólida para uma tentativa de análise de um texto legal, cuja interpretação é dada a partir do que podemos chamar de mal-entendido. Através dessa abordagem, pretendemos refletir sobre as diferentes interpretações de um mesmo texto legal, situando-nos, sobretudo, nos eixos da Sociolingüística, sem, entretanto, deixar de considerar os aspectos semânticos, pragmáticos, argumentativos e discursi-

vos que guardam afinidade com essa teoria.

A seguir, examinaremos a complexidade das relações intertextuais que permeiam, ou tangenciam o texto em questão e que torna evidente a opção por uma proposta de abordagem através de uma teoria que não restrinja a linguagem a um mero instrumento de comunicação, ou que ao menos aponte para o fato de que também a não comunicação ou o mal-entendido tem seus propósitos ideológicos. Em um terceiro momento analisaremos as marcas lingüísticas de argumentação do corpus selecionado. As relações intertextuais que ora queremos fazer só podem ser explicitadas por uma teoria lingüística que não só leve em conta os enunciados, mas também a sua enunciação. Aristóteles, ao tratar do valor de verdade de proposições já havia advertido que os enunciados de uma ciência nem sempre são verdadeiros, uma vez que muitas vezes se apresentam como necessariamente verdadeiros ou como possivelmente verdadeiros. Dessa forma, a possibilidade e a necessidade modificam o sentido da simples verdade.

2-Delineando linhas teóricas e metodológicas da proposta

“Não há como pensar o Direito sem a sociedade, assim como não há como pensar a sociedade sem a linguagem”

RIBEIRO (2000, p. 90)

A importância da escolha de uma análise de um texto legal, partindo-se não da proposta de uma teoria lingüística

imane, que encaminha para uma análise literal em seu sentido restrito, mas de uma proposta, cujo cerne está na desconstrução do sentido literal, pela análise lingüística que desmascara o uso da linguagem como instrumento de comunicação na ordem do consenso, pautase basicamente no princípio de que as convenções são de natureza social e só uma teoria como a Sociolingüística, que se apresenta como uma teoria de ação, pode dar conta de seu papel na constituição do ato e da linguagem, e, conseqüentemente, pode ser competente para proceder à leitura de um texto legal que, de um lado não é claro o suficiente para exercer o seu papel de representação de uma ordem legítima, e, por outro, deixa, nas lacunas que lhe são intrínsecas, a possibilidade de uma outra leitura. Não existe consenso quanto à visão de mundo, existem apenas espaços coincidentes. E é nesse enfoque que direcionaremos a análise.

2.1-A Sociolingüística e as outras teorias

Um ponto essencial para nossa análise é estabelecer as condições que caracterizam e constituem o discurso, no caso específico o discurso do texto legal, nosso objeto de análise. Para a Análise do Discurso (A.D.) não há um sujeito que se apropria da linguagem, mas uma forma social de apropriação na qual está refletida a ilusão do sujeito, ou sua interpelação feita pela ideologia.

ORLANDI (1979, p. 47) ressalta que a A.D. procura tipificar os discursos das diferentes formações discursivas de modo a destacar constantes justamente onde o lingüístico e o social se articu-

lam, da mesma forma que a Sociolingüística distingue que a variação é sistêmica e funcional. Assim, os sistemas de signos “*são tomados no jogo das formações discursivas que são reflexos e condições das práticas sociais.*”

Há, segundo ORLANDI (1996, p. 98), uma relação significativa entre a A. D. e a Sociolingüística, uma vez que os pontos em comum na consideração do objeto de que tratam são evidentes. Para essa lingüista, o termo sociolingüística recobre vários trabalhos extremamente diversos, tais como: etnografia da comunicação, variação lingüística, relação com a linguagem e até mesmo análise de discurso, ou seja, trabalhos que tratam da análise da linguagem no contexto. Essa autora enfatiza, ainda, que na reflexão lingüística acerca das funções da linguagem não basta dizer que a função fundamental não é apenas informar, comunicar, ou persuadir, mas é também o reconhecimento pelo afrontamento ideológico.

Concordando que a “arbitrariedade” resulta do fato de haver uma relação entre o discurso e o sistema de produção no qual existe, entendemos que a teoria do mal-entendido, no texto oral, proposta por GUMPERS (1989, p. 190), na interação verbal, se adaptada, pode ser perfeitamente aplicada ao texto escrito, tendo em vista as várias interpretações que surgem de um mesmo texto, servindo aos nossos propósitos de análise.

Nessa perspectiva, adotamos o texto como uma unidade de sentido, dado por um efeito ideológico da posição do autor, assim como a interpretação do texto resulta de um efeito ideológico da posição do leitor.

MAMEDE (1995, p. 97) assevera que, no aspecto legal ou jurídico, o Direito enunciado pelo aparelho de Estado pode ser visto como um conjunto de textos que devem ser atualizados pelos indivíduos para que, na prática social, os comportamentos e situações que constituem suas mensagens sejam efetivamente difundidos e concretizados. Uma vez que nem todos conseguem buscar as normas na fonte, reconhecendo-as como textos normativos, ao retransmitir as mensagens, provocam alterações de conteúdo, ainda que seja a pressuposição legal, pois nem todos que lêem o enunciado normativo possuem “competência lingüístico-jurídica” para atualizá-los adequadamente. Segundo esse jurista, a mensagem (a previsão normativa) pode falsear-se ao longo dos elos dessa cadeia de retransmissão, por erro; mas também por dolo, pois pode-se querer moldar o conteúdo semântico de uma norma ao interesse individual. Assim, esse autor ressalta que, *nos espaços criados por tais distorções far-se-ia necessária a intervenção do aparelho de Estado, corrigindo-as, o que não ocorre na maioria dos casos.*

DELFINO (2000, p.33) enfatiza a necessidade de se interpretar a lei evitando, sempre que possível, sua rigidez, sem, contudo, ir contra o que nela foi estabelecido, para que se possa assegurar o bem comum e atenuar as injustiças sociais, a fim de se evitar decisões arbitrárias e sem sentido, que, segundo esse operador do direito, além de desprestigiar o judiciário, vão contra a natureza do objetivo da lei, que é o prestígio e o amparo do bem comum.

A língua é o instrumento próprio para

descrever, para conceituar, para interpretar tanto a natureza quanto a experiência que se chama sociedade. A língua pode, graças a esse poder de transmutação da experiência em signos, tomar como objeto qualquer ordem de dados e até a sua própria natureza. BENVENISTE (1989, p.98) destaca que existe a metalinguagem, mas não há a metassociedade e afirma que o vocabulário é o aspecto que é melhor explorado da relação língua/sociedade, conservando testemunhos insubstituíveis sobre as formas e as fases da organização social, sobre os regimes políticos, sobre os modos de produção que foram sucessiva ou simultaneamente empregados.

Todavia, há que se considerar que as palavras não têm realidade fora da produção lingüística, pois elas existem nas situações nas quais são usadas, daí a importância do contexto para a construção do sentido.

De acordo com BENVENISTE (1989, p.232) a polissemia é a soma institucionalizada de valores contextuais, sempre instantâneos, aptos a se enriquecer e a desaparecer, ou seja, sem valor constante, sem permanência, mas sempre em resposta às necessidades imediatas de comunicação de uma sociedade.

A língua, no interior da sociedade, pode ser encarada como um sistema produtivo, pois ela produz sentido, graças à sua composição de significação e graças ao código que condiciona este arranjo. Ela produz também enunciações graças a certas regras de transformação e de expansão formais. E é neste prisma que a linguagem, no Direito deve ser enfocada, não como algo estanque, pronta, acabada e imutável, mas como uma refle-

xão da estrutura de uma língua viva, cotidiana, que serve a toda uma sociedade. Sociedade esta, que a condiciona e estabelece como patrimônio sócio - cultural. (Cf. RIBEIRO, 2000, p. 86-87)

2.2-O Mal-Entendido na Interpretação do Texto Escrito

“O poder da palavra é o ‘poder de mobilizar a autoridade acumulada pelo falante e concentrá-la num ato lingüístico”

Bourdieu, 1977

Os chamados mal-entendidos, ou problemas de comunicação, surgem, geralmente, nas interações verbais do dia-a-dia, nas quais a diversidade lingüística atua como um recurso comunicativo de forma a permitir que os interlocutores se baseiem em conhecimentos e paradigmas relativos às diferentes maneiras de articulação da língua para categorizar eventos, inferir intenções e antever situações que poderão ocorrer. Se, de acordo com GOFMAN (1974) , retomado em GUMPERS (1989), uma elocução pode ser entendida de diferentes modos, as pessoas podem interpretar uma determinada elocução com base em suas definições ou percepções do que está acontecendo no momento da interação, num dado contexto histórico-social..

GUMPERS (1989) em seus trabalhos, propôs alguns procedimentos que serviram para identificar estratégias de interpretações disponíveis aos falantes, seguindo as pistas de contextualização, que se apresentam na forma dos traços lingüísticos ou não lingüísticos que contribuem para assinalar as pressuposições

contextuais. Assim, de acordo com esse autor, é possível, a partir dessas pistas, conhecer as causas do mal-entendido, ou os problemas de comunicação.

Da pesquisa de Gumpers, depreendemos, para a análise dos textos em questão, a possibilidade de adaptar a interpretação do texto oral às questões que dizem respeito ao texto escrito através das marcas, ou pistas lingüísticas, que neles se circunscrevem. Nossas reflexões se darão em torno de um texto legal- Emenda Constitucional nº 20 de 1998, Artigo 1º , que se refere ao Artigo 40 da Constituição Federal/88, Parágrafo 10- que não explicita as condições da nova imposição, tentando usar uma linguagem objetiva e neutra, mas que , assim procedendo, abre espaços para entendimentos diversos e contraditórios, ou seja, o mal-entendido.

DELFINO (2000, p. 24) enfatiza que: *“a palavra, mesmo usada de forma correta, gera, muitas vezes, interpretações distintas, pelo fato de a linguagem normativa não apresentar significados unívocos”*.

2.3- Um breve perfil dos sujeitos que elaboraram os textos

Texto 1 – Emenda à Constituição Federal 20/98 de 16-12-1998.

Sujeitos: Deputados Federais e Senadores

Texto 2 –Orientação da Equipe de Aposentadoria da 39ª SRE/Uberaba amparada em treinamentos oferecidos pela Secretaria Estadual de Administração de Minas Gerais em setembro de 1999.

Sujeitos: Funcionários públicos es-

taduais do quadro administrativo

É mister destacar que, nesse caso, os responsáveis pela interpretação do documento oficial são funcionários da Secretaria- SEA, que possuem o grau de escolaridade no nível médio e superior, geralmente na área da educação.

Texto 3- Decisão nº 748/ 2000-TCU- Plenário

Sujeitos: Ministros do TCU

É relevante constar que o TCU, através de seus ministros, só se pronunciou nessa decisão por ter sido feita uma consulta oficial pelo Presidente da Câmara dos Deputados, representando essa Entidade.

3- A análise

“O juiz intérprete há de avançar em relação ao texto legal, num sentido que, por um lado, inove a norma legal abstrata em seu sentido (conectando-a com a valoratividade constitucional) e supere a moldura do Direito para adentrar na sua especificidade na realidade social. ”

COELHO (2000, p. 131):

Analisaremos as marcas textuais destacadas no texto acima referido e dos dois textos que o interpretam: A Decisão nº 748/2000 do Tribunal de Contas da União e outro Comentário da Lei/99, da 39ª S R E, representando o entendimento da Secretaria Estadual de Administração do Estado de Minas Gerais, que se nos apresentam como pistas lingüísticas que dão margem à configuração do mal-

entendido, articulado pelas conjunções: ainda que, somente, segundo, desde que; pelo pronome indefinido: qualquer; pelo advérbio de negação: não; pelas locuções verbais: deve ser, é assegurado; pela preposição: até e pela omissão de especificações no texto constitucional.

3.1- Apresentação do caso – Histórico dos textos a serem analisados

a) Em 16 de dezembro de 1998, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20/98 que modificou o sistema de previdência social, estabeleceu normas de transição e deu outras providências. No art. 1º, foram determinadas alterações na redação de alguns artigos da Constituição Federal/88, dentre elas a mudança dos dizeres do parágrafo 10 do art. 40 que passou à seguinte redação:

Emenda Constitucional nº 20, de 1998

Art. 1º

“Art. 40

§ 10 – A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

b) Após vários estudos e orientações promovidos pela Secretaria de Administração de Minas Gerais, a equipe da 39ª Superintendência Regional de Ensino de Uberaba, que analisa os processos de aposentadoria dos funcionários públicos da área educacional redigiu, em setembro de 1999, um texto contendo dizeres da Emenda nº 20 e os comentários interpretativos acerca das alterações impostas pela nova redação. Em relação ao §10 foi redigido o seguinte comentário:

Comentário - §10

É em razão deste parágrafo que as férias-prêmio adquiridas antes de 17.12.98 poderão ser dobradas a qualquer tempo, apenas para situações que se enquadrarem no art. 3º desta Emenda.

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação vigente.

A partir desse entendimento, apenas as pessoas que preenchiam os quesitos para se aposentarem antes da publicação da Emenda é que poderiam contar em dobro as férias-prêmio adquiridas até então.

c) No Diário Oficial nº 188, quinta-feira, 28 de setembro de 2000, seção 1 p. 63 a 67, o TCU (Tribunal de Contas da União) publicou análise de consulta feita pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer (Processo TC nº 007.826/2000-2, juntado: TTC 007.965/20006) a respeito da utilização do tempo fictício e a Decisão nº 748/200 respondendo ao Consulente:

Decisão nº 748/2000 – Plenário

(...)

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Redator e com fulcro no art. 216, caput e inciso I, do

Regimento Interno, DECIDE:

8.1.(...)

8.2. (...) responder ao Consulente que:

8.3.1. para efeito de aposentadoria, com base no art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, correspondente às regras de transição, ou pelas regras de transição, ou pelas regras gerais estabelecidas no art. 40 da Constituição Federal, é assegurado ao servidor a contagem em dobro de licença-prêmio não usufruída, ainda que ele, na data de publicação da referida Emenda não contasse tempo de serviço suficiente para a aposentadoria voluntária pelas regras então vigentes;

(...)

10. Data de Seção: 13/09/2000 – Ordinária

3.2-Tendências e incompletudes a serviço de determinados interesses: alguns aspectos da realidade na interpretação do texto legal

Ao optar pelo código escrito, o sujeito-enunciador utiliza-se de um tipo de comunicação fora de situação e, por isso, necessita empregar mais amplamente procedimentos de variedade normatizada. Ao passo que, quando a comunicação se processa oralmente, ao apoiarem-se na situação imediata, os enunciadores usam apenas uma parte das possibilidades de que dispõe o sistema lingüístico. Nos enunciados, o locutor conta com a situação imediata do ato de fala e com o contexto lingüístico para efetuar a comunicação.

Os textos apresentados neste artigo como objeto de análise, estão inseridos

numa variedade lingüística veicular e codificados por grupos sociais que controlam o poder do Estado e o aparelho institucional. Uma classe social dominante que impõe as suas ordens e possui instrumentos de normatização elaborados pela codificação, dicionários, gramáticas, manuais. Os discursos aqui analisados pertencem à língua de Estado, língua nacional ou língua oficial, ou seja, à variedade padronizada. Tal variedade encontra-se objetivamente associada ao sistema de valores, aos objetivos e aos interesses do grupo ou grupos sociais dominantes.

É efetivamente, nesse quadro, que o fato registrado neste artigo pode ser compreendido como um caso de mal-entendido, por alterar o que, lingüisticamente, encontra-se disposto na lei. Podemos considerar que há tendências, interesses, incompletudes, que podem partir do grau de interesse, de particularismo, que chegam a distorcer os fatos e alterar o dispositivo legal quando, para a atualização do texto ou interpretação do mesmo, o sujeito receptor é lançado em um mecanismo de atribuição de sentido termo a termo. Antes de tal leitura, pelo próprio contexto, o indivíduo, diante da criação de uma expectativa de sentido, especializa a sua procura no nível das informações memorizadas. Nesse contexto, o indivíduo, ao atualizar um texto ou interpretá-lo, por possuir uma certa gama de significados prévios para a leitura, tem a tendência a estender seus “pré-juízos” sobre a mensagem, moldando-a às suas expectativas. Traduzindo, então, pelo preconceito, pelo pré-julgamento, assim como pela dificuldade de registrar exatamente o que significa a mensagem, o

seu entendimento do discurso, transformando-o em juízo de valor.

3.3-A significação dos textos legais

Nos textos legais, apresentados neste artigo, há expressões que, de acordo com nosso entendimento, apresentam-se como um problema de grande importância na reflexão sobre a significação, logo, analisaremos as expressões do ponto de vista de sua significação.

Os representantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, quando afirmam que “*A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício*” (§ 10, art. 40, art. 1º, E.C.20/98), sem explicitar a época a ser considerada, as situações antes e depois da Lei, abriram espaços para o mal-entendido, ocasionando dois entendimentos opostos.

Tentando ser impositivos, na sua definição, usaram marcas lingüísticas como o advérbio “não” e o pronome “qualquer”, mas omitiu esclarecimentos importantes para o entendimento efetivo.

Conforme ILARY e GERALDI (1999, p.30) a gramática tradicional sugere algumas expressões negativas, dentre elas o advérbio *não*, que “*é, entre todas, uma das menos confiáveis, pelos equívocos a que dá margem.*” O que podemos observar é que logo após a idéia de negação da lei, temos a expressão *qualquer* que exprime uma generalização que diz respeito à forma de contar o tempo de contribuição ficto, podendo ser explicada assim: é preciso imaginar que haja várias formas de contagem de con-

tribuição do tempo fictício e nenhuma delas poderá ser estabelecida. Há, portanto, uma generalização. Podemos entender também, que a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício, porque existe apenas uma forma de contagem de tempo ou formas de contagem designadas pela lei. Qual, ou quais são? Dada a maneira como a frase foi construída, a interpretação pode variar.

Pode-se comprovar tal raciocínio pelo fato de que, nesse caso específico, o comentário feito pelo sujeito receptor em um primeiro momento, como já dissemos, indivíduo que, antes mesmo da interpretação do texto em si, já atribui previamente um sentido ao texto (o que não possui um valor negativo intrínseco), o Comentário da Secretaria Estadual da Administração vem afirmar que:

“É em razão deste parágrafo que as férias-prêmio adquiridas antes de 17.12.98 poderão ser dobradas a qualquer tempo, apenas para situações que se enquadrem no artigo 3º desta Emenda”. (Comentário da S E A. / 99).

Segundo VOESE (1998, p.112) *“uma das maneiras que a ideologia encontra para homogeneizar o que é descontínuo é desconstruir o que se opõe ao hegemônico através de uma série de recursos discursivos”.*

A desconstrução do discurso legal, da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, dá-se, a partir do comentário que, mais uma vez, generaliza, para, em seguida, particularizar a situação dos que podem ser enquadrados no Art. 3º desta Emenda.

Os recortes realizados e trabalhados no histórico apresentado neste artigo,

concedem-nos a visualização de um processo de parafraseagem que busca um sentido, nos operadores argumentativos do Comentário da S E A/99: *“a qualquer tempo”* e *“apenas para”*, a coesão necessária para que o enunciado não se negue a si mesmo e, também, obtenha o efeito desejado. Entretanto, há que se considerar que o processo de controle que se tenta fazer através da paráfrase, não consegue limitar a descontinuidade do discurso, porque o locutor, enquanto consciência que age, pressionado pela ideologia, gera, na produção do discurso, uma polêmica, justamente por não fixar um sistema de referência que possibilita a constituição de um sentido por parte do sujeito-enunciante.

Com a intenção de intensificar os efeitos da negação presentes no § 10, os indivíduos que comentaram o texto, ao introduzirem os operadores argumentativos, *“a qualquer tempo”*, *“apenas para”* e *“até a”*, puderam informar confiando na *“verdade de”* e acreditando que para o seu interlocutor tudo ficaria, após o comentário, muito *“bem entendido”*. Acontece que, se tomarmos um outro enfoque - o comentário como um mecanismo de atuação no discurso - podemos entender o locutor utilizando as informações para impor ao seu interlocutor um discurso em desenvolvimento e que, ele, devido ao seu poder (de Estado), emprega expressões que, ativamente, impõem limites e direcionam a compreensão. Nesse sentido, tal fenômeno - do pressuposto - segundo Ducrot, é utilizado para configurar atrás de uma informação passada, uma *“verdade”*.

Assim, DUCROT (1977, p. 87),.

define ação: “toda atividade de um indivíduo quando caracterizada de acordo com as modificações que ela traz, ou quer trazer, ao mundo” Nessa medida, o sentido dos enunciados legais analisados neste artigo como a ação que realiza o sujeito com tal enunciado, passa a ter a forma de ato jurídico. Tal ato se caracteriza por transformar as relações legais que permeiam a vida dos indivíduos na sociedade, nele o que “se considera é a transformação das relações legais como efeito primeiro da atividade e não como a consequência de um efeito logicamente ou cronologicamente anterior”. Isto significa que a ação de comentar o texto já pressupõe a transformação das relações legais como efeito primeiro e não como resultado de um efeito anterior.

Interessa-nos agora, através da transcrição do § 10 e do comentário sobre o mesmo, mostrar que as duas frases são, quanto ao seu significado, diferentes e verificar que o comentário, ao mesmo tempo generaliza e restringe, respectivamente (qualquer/ apenas), por esse motivo gera incompreensões e chega até mesmo, a prejudicar, por ser um texto legal, o planejamento vital de muitos professores, uma vez que ferem os seus direitos constitucionais.

O Comentário S E A/99 sobre o §10 ainda encaminha para a leitura do Art. 3º da Constituição.

“É em razão deste artigo que as férias-prêmio adquiridas antes de 17.12..98 poderão ser dobradas a qualquer tempo, apenas para situações que se enquadrarem no art. 3º desta Emenda.” (Comentário ao § 10 da S E A/99)

Cabe, nesse momento, abordar a questão da situacionalidade. Segundo KOCH e TRAVAGLIA (1996, p. 70):

“Sabe-se que a situação comunicativa tem interferência direta na maneira como o texto é construído, sendo responsável, portanto, pelas variações lingüísticas. É preciso, ao construir o texto, verificar o que é adequado àquela situação específica: grau de formalidade, variedade dialetal, tratamento a ser dado ao tema, etc. O lugar e o momento da comunicação, bem como as imagens recíprocas que os interlocutores fazem uns dos outros, os papéis que desempenham, seus pontos de vista, objetivo da comunicação, enfim, todos os dados situacionais vão influir tanto na produção do texto, como na sua compreensão”

O que se pode ler no Art. 3º da Emenda Constitucional 20/98 é que:

Art. 3º- *“É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação vigente.”*

Logo, a qualquer tempo é assegurada a concessão de aposentadoria e pensão aos servidores públicos e seus dependentes. A palavra “até”, definida pelos gramáticos como palavra de relação por excelência, enquanto inserida na oração simples e classificada entre as

preposições, aparece no Art. 3º como a preposição que vai marcar a relação de regência entre os servidores públicos e segurados do regime geral de previdência social e a data de publicação. Sem nos preocuparmos com as classificações morfosintáticas de “até”, mas atentas às condições de uso, podemos perceber a explicitação de um limite imposto no Art. 3º da Emenda Constitucional de 1998.

Dada a importância da adequação do texto à situação comunicativa, é preciso explicitar que, ao construir o texto, o locutor recria, a partir de um outro contexto, e de acordo com seus objetivos, seus interesses, suas convicções, um outro texto, que não é real, por isso, o texto não vai ser exatamente igual, ele vai utilizar referentes textuais que não são os do mundo real, mas são reconstruídos no interior do texto. Assim, a interpretação do texto também se processa de acordo com o conhecimento prévio e interesses do receptor, a razão de haver “sempre uma mediação entre o mundo real e o mundo textual” (Cf. KOCH e TRAVAGLIA, 1996, p. 70).

Ao interpretar os fatos em um texto judicial, como se pode notar a seguir, operações semiológicas se destacam, e, uma vez acionado o aparelho de Estado, como no caso focado neste artigo, para a análise feita pelo TCU, a respeito da utilização do tempo fictício, o processo evoluiu de tal modo que a decisão apontada foi:

8.3.1. para efeito de aposentadoria, com base no art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, correspondente às regras de transição, ou pelas regras de

transição, ou pelas regras gerais estabelecidas no art. 40 da Constituição Federal, é assegurado ao servidor a contagem em dobro de licença-prêmio não usufruída, ainda que ele, na data de publicação da referida Emenda não contasse tempo de serviço suficiente para a aposentadoria voluntária pelas regras então vigentes;

(Decisão nº 748/2000- TCU)

Quando o então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, abriu um processo para consulta ao Tribunal de Contas da União- TCU e obteve essa decisão sobre a possibilidade de se considerar as férias-prêmio em dobro, portanto, tempo ficto, para os funcionários que adquiriram o direito às férias-prêmio antes da Emenda Constitucional 20/98, determinou-se a verdade processual, verificando-se que os fatos não se ajustam a qualquer previsão normativa, ou seja, a construção da verdade formal, importância vital para o Direito. Assim, ganhou existência jurídica e a verdade formal apurada no processo, correspondeu ao real. A sentença, portanto, possui um valor efetivo. No momento em que um tribunal declarou a sentença, não há mais o que verificar, por isso a parte que não consegue demonstrar o seu direito, pode ser vítima de um resultado adverso. Neste caso, podemos verificar que na Decisão nº 748/2000- TCU, é o articulador argumentativo *ainda que*, o que concede a contagem em dobro de licença-prêmio, sem quaisquer restrições, enquanto que no texto constitucional e na Emenda há restrições.

Enquanto que, no entendimento dos comentaristas, é resguardado o direito à

contagem de férias-prêmio em dobro apenas para quem tinha o direito de se aposentar até 17/12/98, no entendimento da Decisão do TCU é assegurado, ao servidor, a contagem em dobro de licença-prêmio não usufruída, ainda que ele não contasse tempo suficiente para se aposentar até 17/12/98.

O conectivo “*ainda que*” veio dar abertura e ampliar o direito a esse tempo ficto adquirido antes da Emenda Constitucional a ser considerado em qualquer época, desde que não tenha sido usufruído.

4- CONCLUSÃO

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’ ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre- porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaços para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.”

CAPELLETTI (1993, p. 37)

Numa análise que pretende descaracterizar o mal-entendido, provocado, sobretudo, pela escolha lingüística, orientada pelo agenciamento sintagmático de grupos que, de certa forma, estão imbuídos de poder de decisão sobre o destino de grupos maiores, tornou-se necessário evidenciar, pela descrição gramatical da língua, os paradigmas constituídos de elementos de valor essencialmente argumentativo, posto que sua seleção, pelos redatores e analistas do texto constitui-

onal, da Emenda ou do Comentário, possibilitou uma orientação argumentativa capaz de levar o interlocutor a um determinado tipo de conclusão em detrimento de outras.

Perceber, no discurso, que se pretende neutro, o valor argumentativo dessas marcas é, sem dúvida alguma, o primeiro passo para desestabilizar o mal-entendido que nele se apresenta. Assim, concordamos com a tese de DUCROT; ANSCOMBRE (1976) e VOGT (1977) de que as instruções codificadas, de natureza gramatical, estão carregadas de argumentatividade e seu significado se atualiza a partir das estratégias utilizadas para permitir leituras que mascaram, sob a máscara da neutralidade, a intenção de limitar os direitos de uma classe. São justamente os morfemas que a gramática tradicional considera como elementos meramente relacionais e que a semântica argumentativa recupera, por considerá-los marcas lingüísticas importantes, é que vão determinar o valor argumentativo e sem nenhuma neutralidade dos textos analisados. Os efeitos de sentido produzidos nos textos analisados apontam para o fato de que não se limitam, pela própria escolha lexical, aos efeitos de sua orientação argumentativa, ou de seus produtores, posto que ao provocar um mal-entendido, demonstrou, portanto, que sua força argumentativa não é uma, nem tampouco uma, pois não apresentou uma leitura única, mas perspectivas conflitantes, quando de sua retransmissão.

Partindo do mesmo § 10 da Emenda Constitucional, o entendimento da S.E.A impediu que vários servidores pudessem se aposentar por não poderem conside-

rar o seu tempo ficto adquirido.

Há, no Direito Constitucional um princípio geral pelo qual uma lei nova não pode violar um direito adquirido e a redação do §10, encontrada na Emenda Constitucional nº 20 choca-se frontalmente com o aludido princípio, já que predispõe outra interpretação da lei. Uma vez que o professor tem o direito adquirido até a data da Emenda, não há como explicar a restrição da lei. Leia-se:

Artigo 5º Inciso XXXVI da Constituição Federal - *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

Podemos afirmar, então, que os intérpretes, no Comentário do texto legal, fixaram um sentido incorreto e fizeram-no de forma equivocada, resultando disso uma discrepância entre o texto atualizado por eles e o texto original. Há que se observar, todavia, que todos nós temos enfoques pessoais quando se trata do texto escrito, pois os gestos, a entoação e outros elementos extra-lingüísticos, que possivelmente descaracterizariam o mal-entendido, na retransmissão oral, não podem ser evidenciados no texto escrito. Isto não sendo possível, o sujeito, ao escrever o texto, precisa exercer a sua competência lingüística de tal forma que, ao promover escolhas gramaticais, não produza outro significado, como aconteceu no artigo constitucional e na Emenda 20.

5-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSCOMBRE, J.; DUCROT, Os-

valdo. "L' argumentation dans la langue" **Langages** 42. Paris: Didier-Larousse, 1976, p.5-27.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COELHO, Edhiermes, M. "Judiciário e Democracia." **Revista Jurídica Unijus**. v. 3, n. 1, nov. 2000, p. 125-133.

DELFINO, Lúcio. "A importância da interpretação jurídica na busca da realização da justiça." **Revista Jurídica Unijus**. v. 3, n. 1, nov. 2000, p. 23-34.

DUCROT, Osvaldo. **Dizer- não dizer, princípios de semântica lingüística**. São Paulo: Cultrix, 1977.

GUIMARÃES, Eduardo R. **Os limites do sentido**. Campinas: Pontes, 1995.

GUMPERS, Jonh. **Enganger la conversation**: introuction à la sociolinguistique interacionalle. Paris: Éditions de Minuit, 1989.

ILARI, Rodolfo; GERALDI, João Wanderley. **Semântica**. 10 ed. São Paulo: Ática, 1999.

KOCH, Ingedore Grunfield Villaça & TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A Coerência Textual**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 1996.

MAMEDE, Gladstone. **Semiologia e Direito**. Tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995.

ORLANDI, Eni. P. **A linguagem e seu funcionamento.** As formas do discurso. 4. ed. Campinas: Pontes, 1996.

RIBEIRO, Ormezinda. M. "Direito e Lingüística: uma relação de complementaridade" **Revista Jurídica Unijus.** v. 3, n. 1, nov. 2000, p. 81-91.

VOESE, Ingo. **O Movimento dos Sem-Terras na Imprensa:** um exercício de análise do Discurso. Ijuí: Unijuí, 1998.

VOGT, Carlos. **O intervalo semântico.** São Paulo: Ática, 1977.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO CAUTELAR

Luciana de Oliveira Naves *

SUMÁRIO

1.Introdução; 2.Lealdade e Probidade no Processo Civil; 3.Litigância de má-fé no Código de Processo Civil; 4. As alterações do Código de Processo Civil; 5. A repressão à conduta dos litigantes improbos; 6. A responsabilidade dos advogados; 7. A má-fé processual no pro-

cesso cautelar; 8. A tutela cautelar e a tutela antecipatória; 9.Pressupostos da tutela cautelar e da antecipação de tutela; 10. Natureza jurídica da sanção: indenização ou multa; 11. Conclusão Bibliográfica

RESUMO

Este artigo versa sobre a litigância de má-fé, destinada a encobrir a verdade ou a contornar um dever. Litiga em juízo maliciosamente a parte que sonega fatos e se vale indevidamente de remédios processuais para fazer prevalecer sua pretensão injusta. Ressalta-se que todos têm o **dever de verdade** na relação jurídica processual, uma obrigação de respeito ao cidadão e ao Poder Público, sem afronta a lealdade processual. Desta forma, os atos atentatórios à dignidade da Justiça, devem ser de uma vez por todas repelidos do meio forense, com a imposição da sanção para punir e o coibir os ímpetos do **improbus litigator**.

* Advogada e Consultora Jurídica em Uberaba/MG. Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU

1 - INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas da atualidade é o de solucionar definitivamente a questão da má-fé, o engano malicioso, o procedimento astucioso, destinado a encobrir a verdade ou a contornar um dever.

Nos termos da legislação processual, litigante de má-fé, é aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altera a

verdade dos fatos, usa do processo para conseguir objetivo ilegal, opõe resistência injustificada ao andamento do mesmo ou provoque incidentes manifestamente infundados (artigo 17 do CPC).

É necessário o combate à atuação maliciosa no processo, pois é inadmissível aceitar atos que afrontem o direito da parte em obter uma sentença justa e célere, que somente pode ser alcançada mediante a sistemática dos procedimentos desleais.

Falando-se em deslealdade processual não se pode ficar indiferente à aplicação das sanções jurídicas dela decorrente, com sua repressão e busca da condenação da parte pela prática do dano processual, abordando-se, principalmente, as regras contidas dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

Para o litigante de má-fé, o processo, antes de ser um veículo do contraditório e da ampla defesa, é a arte do mais hábil, que consegue transformar o tempo em resultados econômicos ou instrumento de vingança e castigo aos que buscam o judiciário para a reparação de danos.

Até o ano de 1994, havia quem sustentasse a impossibilidade da penalização do litigante de má-fé ex officio. Com o intuito de finalizar a polêmica existente, o legislador promoveu a alteração no Código de Processo Civil, modificando o artigo 18 através da Lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, para permitir que o juiz pudesse sancionar o litigante de má-fé.

Sem dúvida a alteração do referido artigo representa um enorme avanço na forma de visualizar o processo, pois mune os órgãos jurisdicionais de meca-

nismos eficientes no combate dessa prática, dificultando ainda mais o caminho do **improbis litigador**.

O direito e defesa não asseguram a ninguém a possibilidade de faltar com a verdade e menos ainda de fazer uso de expedientes e recursos apenas para protelar o andamento das ações. Atualmente, conforme a legislação em vigor, não é possível ao juiz assistir passivamente a atuação maliciosa da parte.

Com o reconhecimento da inegável crise do processo causado pelo aumento vertiginoso de demandas, hoje em dia o combate à má-fé faz parte da preocupação do legislador, com mais ênfase que outrora.

2 - LEALDADE E PROIBIDADE NO PROCESSO CIVIL

Para o bom andamento e desenvolvimento do processo e para a concretização da justiça, impõe-se que as partes se conduzam de conformidade com os princípios da lealdade e proibidade.

Sendo a lealdade processual um dos princípios que norteiam o processo, o que se determina às partes é o dever de colaborar com o poder judiciário para se descobrir a verdade (art. 339 do CPC).

Para que seja possível a moralização do processo, é necessário sobretudo a conduta ética das partes e de seus procuradores.

Na observação de Humberto Theodoro Júnior, citando os ensinamentos de Andrioli, para que haja um processo disciplinado é preciso lealdade e proibidade, cujas noções não são jurídicas, mas sim da experiência social. A lealdade é o hábito de quem é **sincero** e, naturalmente,

abomina a **má-fé** e a traição; enquanto a **probidade** é própria de quem atua com retidão, segundo os ditames da consciência.¹⁴¹

E, buscando enfatizar a questão, diz que esse dever jurídico, tal como contemplado na lei processual civil, é cabalmente aclarado por **Hélio Tornaghi**, em trecho irretocável: *“Atente-se para o fato de que a lei exige sinceridade. Não pretende que a parte tenha o dever de acertar, de não cometer equívocos ou ainda de conhecer a verdade objetiva, de saber dos fatos tais como realmente são. A própria posição da parte já a coloca em situação difícil para projetá-los em verdadeira grandeza. A lei não exclui, nem poderia excluir a possibilidade e uma imagem falsa, mas sincera dos fatos. Ela não espera que a parte não se engane; o que exige é que ela não engane o juiz. A parte não se despe da natureza humana ao ir a juízo; a representação intelectual dos fatos está sujeita às deformações provenientes não só dos estados passionais ou emotivos como ainda das naturais limitações. O que a lei quer é que as partes digam só o que lhe parece ser a verdade (não mentir) e tudo quanto se lhes afigura verdadeiro (não omitir). Nem falsidades, nem reticências, nem inverdade, nem restrição mental.”*¹⁴²

Não pode ser outra a postura daqueles que vão a juízo, ter uma conduta compatível com a dignidade do processo civil, instrumento colocado à disposição dos litigantes, a fim de que obtenham do Estado a atuação do direito e realização da justiça.¹⁴³

O professor Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil promulgado no ano de 1973 já alertava em sua exposi-

ção de motivos de que no processo civil, de “índole eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando o dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e realização da justiça”.

Não é mais possível ao juiz assistir passivamente a atuação maliciosa da parte. É importante compreender-se que se o legislador autorizou o sancionamento da parte desleal de ofício pelo juiz, foi para muni-lo de instrumentos que se faziam necessários para o combate ao dolo processual e que precisa ser colocado imediatamente em prática.

Assiste-se com frequência partes afirmando ou negando fatos que são imediatamente desmentidos por documentos juntados pela própria parte e também requerimento de perícias, desculpas forjadas para o não comparecimento em audiência, testemunhas sendo arroladas para serem ouvidas em comarcas distantes, que nada sabem a respeito da demanda, apenas para protelar o julgamento da ação. Este fato não pode ser admitido, sob pena de transformar-se a contenda na arte do mais hábil, do mais astucioso, não no instrumento da busca da verdade e da realização da justiça.

Se existem caminhos na busca de soluções ao problema da falta de efetividade do processo, um deles, e parece não existirem muitas dúvidas, é o combate tenaz, incansável e sistemático à litigância desleal pois o dolo processual é uma afronta não apenas a parte com razão e que deve ter o seu direito realizado

dentro de menor tempo possível, mas fundamentalmente ao Estado, que acaba sendo obrigado a movimentar toda sua máquina judiciária apenas para atender aos caprichos da chicana. CLAIRE MARIA BARCAROL¹⁴⁴

“A ilegalidade mais grave é a que se oculta sob o manto da legitimidade. E essa ilicitude torna-se ainda mais repugnante, quando cometida pelo Poder, que deveria fazer do Direito um meio para a realização da paz social e não um instrumento de satisfação dos interesses puramente individuais.”¹⁴⁵

Aristóteles Atheniense, ensina que, tendo agido como litigante de má-fé em algum incidente processual, União, Estado e Município deverão responder por isso, por atentarem contra a dignidade da justiça e o princípio da lealdade processual, independentemente do resultado da demanda, ainda que vencedores do mérito.¹⁴⁶

A lealdade e a boa-fé, segundo ARRUDA ALVIM, “são regras informativas, de caráter ético, abrangentes de toda atividade das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive no desdobramento recursal, como, ainda, no processo executório que venha a ser instaurado, ulteriormente à sentença condenatória”.¹⁴⁷

3 - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Todos os operadores do direito tem o dever de verdade na relação jurídica processual, tratando-se de **dever** e não de **ônus** no dizer do magistral Pontes de Miranda.

Litigante é denominação dada às

partes que discutem em juízo acerca de seus interesses e direitos; cada uma das partes em um processo litigioso. A palavra **litigar** é originária do latim *litigare*, lutar, pelear, alterar. Quer propriamente significar discutir judicialmente, disputar; formar **litígio** em torno do pedido ou demanda em juízo.¹⁴⁸

A **Má-fé** é a consciência da ilicitude. Ânimo ou estado psicológico de quem, voluntária e conscientemente, pratica qualquer ato visando a enganar ou prejudicar outrem em proveito próprio ou alheio. Malícia. Dolo. Consciência da própria fraude.¹⁴⁹

Má-fé, é empregada no meio jurídico para exprimir o conhecimento de um vício. Assim, se pelas circunstâncias, que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato, e, mesmo assim, o praticou ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo.

O dolo processual, isto é, a má-fé encontra alicerce na teoria do abuso de direito e parte do pressuposto de que toda a norma tem uma finalidade teleológica, específica, da qual não pode ser desviada, sob pena de desvirtuamento da lei e afronta à moral.

Litigante de má-fé é a parte que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, altera a verdade dos fatos, usa do processo para conseguir objetivo ilegal, opõem resistência injustificada ao andamento do mesmo ou provoque incidentes manifestamente infundados.(art. 17 do CPC). Litiga em juízo maliciosamente a parte que sonega fatos e se vale in-

devidamente de remédios processuais para fazer prevalecer sua pretensão injusta.

A boa-fé é, em síntese, segundo ALVINO LIMA, é “a regra fundamental das relações humanas, quer na constituição das obrigações, como na sua execução; quer na confecção dos atos jurídicos, como, de um modo geral, em quaisquer atos que possam atingir os interesses de terceiros.”¹⁵⁰

O Código processual civil dispõe sobre a responsabilidade das partes por dano processual, em seus artigos, 16, 17 e 18. O litigante de má-fé é responsável por danos processuais que causar.

4 - AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A demonstração de preocupação do legislador com a litigância de má-fé, veio expressa no Código de 1939, aperfeiçoada na implantação de Código de Processo Civil de 1973.

No ano de 1980, modificação introduzida através da inserção do item V, do art. 17 do CPC, demonstrou clara intenção da adoção de **numerus apertus**. Em seção separada (artigos 16 e 18), cuidou-se da punição e estabeleceu que o litigante desleal deveria indenizar o outro cujo prejuízo tivesse suportado.

O legislador deu nova feição e atualização do art. 18 e seus parágrafos, com a edição da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, dificultando ainda mais o caminho do **improbis litigador**. Assim, ficou expresso que o juiz, de ofício, poderá condenar o litigante de má-fé a indenizar a parte contrária do prejuízo que esta sofreu. Desta forma, mesmo não

havendo pedido da parte, a condenação poderá existir.

Para dar mais abrangência ao assunto, a alteração da redação do art. 18, consignou que a litigância de má-fé seria pronunciada, a requerimento ou ex officio, devendo o juiz fixar a indenização correspondente em quantia não superior a 20% do valor da causa ou mediante arbitramento.

A probidade processual é um dos temas mais tormentosos nos dias atuais. As demandas que se avolumam no Poder Judiciário, em grande parte, resultam de aspirações deduzidas em total desrespeito a princípios éticos básicos. A atuação dos advogados, da mesma forma, vem refletindo a crise moral que o país enfrenta. O processo, em muitos casos, vem se tornando instrumento de oportunismos, como se fosse um jogo, onde vence o que tiver menos escrúpulos.

Nos casos de apuração da litigância de má-fé, a inclusão da possibilidade de condenação ex officio não trouxe nenhuma novidade. O processo não é instrumento das partes. O Estado dele se utiliza como instrumento para solver os litígios intersubjetivos de interesses que se proliferam na sociedade.

Ocorreram duas importantes modificações na legislação processual civil, introduzidas pela Lei 9.668, de 23 de junho de 1998, que alterou os artigos 17 e 18 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil.

Uma com o acréscimo do item VII, do artigo 17, do CPC, que significa sanção para aquele que “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

A outra, com relação do art. 18, do CPC, que deu nova redação a o “caput” ao estabelecer de forma clara a condenação, o pagamento de multa e seu percentual para o litigante de má-fé. Estas alterações entraram em vigor na data da publicação (DOU 24.06.1998).

5 - A REPRESSÃO À CONDUTA DOS LITIGANTES IMPROBOS

Tanto no processo cautelar, como no executório e no de conhecimento, o princípio e fundamento de dispositivos relacionados com a litigância de má-fé foi o de reprimir condutas desleais no âmbito do processo.

O processo moderno, além de prestigiar o princípio da lealdade processual, tem caráter preponderantemente público, cabendo ao magistrado prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade e à administração da justiça (art. 125, III, CPC).

O legislador se preocupou em disciplinar as condutas de interessados e intervenientes, estipulando também sanções para o Escrivão e Oficial de Justiça (art. 144), para o advogado (art. 195 e 196), para o Ministério Público (art. 85), para o Juiz (art. 133 e 198), para perito (art. 147) e para a fazenda Pública (art. 197).

Sempre a serviço do direito e da paz social, o legislador amparado por sentimento ético-moral, na coibição de todos os malfadados atos, procurando impor uma conduta adequada para as partes no processo, pois no exercício das atividades processuais, colaborar com a justiça é um dever e jamais um ônus, de maneira que o relacionamento de lealdade en-

tre as próprias partes e seus procuradores torna-se preponderante no exercício da composição dos litígios .

A litigância temerária prescindia de provocação da parte lesada. De acordo com a legislação em vigor, deve ser objeto de repressão expressa e imediata por parte do juiz. Em relação aos efeitos patrimoniais gerados sobre a parte que agiu de boa-fé, persiste a ofensa direta à dignidade do Poder Judiciário, que se vê estimulado a intervir em questões desprovidas de seriedade, nas quais uma das partes altera a verdade dos fatos, provoca incidentes infundados, enfim, usa o processo com vistas a locupletamento ilícito.

Fica evidente que o Código procurou coibir, na medida do possível, atitudes desleais de todos aqueles que atuam no processo, sejam feitos de natureza contenciosa ou voluntária.

É inadmissível a tentativa de utilização do Judiciário com o propósito de alterar o equilíbrio da ordem jurídica, transformando o processo em instrumento de oportunismos, onde triunfam os inescrupulosos.

A ponto de consagrar o princípio de que o litigante de má-fé deve ressarcir a outra parte pelos danos que lhe causar, o Código de Processo Civil aperfeiçoou a aplicabilidade da probidade, da honestidade, sendo que as sanções impostas podem inclusive decretar a ineficiência do ato praticado de má-fé.

Ressalta-se que os atos feitos de má-fé são inoperantes, não recebem força legal, ou são nulos por natureza ou podem ser anulados.

A responsabilidade por conduta temerária ou maliciosa obriga a parte em

face do seguinte conteúdo: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (art. 16 do Código de Processo Civil)

O ilustre processualista Humberto Theodoro Júnior leciona que: “Daí ter o Código imposto, entre os diversos deveres éticos-jurídicos, o dever da parte “de **PROCEDER COM LEALDADE E BOA FÉ**”, no curso do processo (art. 14, nº II) e o dever do litigante de má-fé de reparar os danos acarretados à outra parte, sempre que “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (art. 17, nº V).¹⁵¹

Na repressão à litigância de má-fé não importa que o “improbis litigador” seja titular do direito controvertido e que mereça a vitória no pleito judicial. O que não se tolera é que alguém, maliciosamente, se valha do processo para acarretar a outrem um prejuízo desnecessário e injusto.¹⁵²

O Código de Processo Civil, no art. 339, do CPC, estabelece que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para descobrimento da verdade”.

De outro lado, dispõe o art. 341, que o dever de verdade e probidade também se estende ao terceiro, que por ter conhecimento de determinado fato, tem que informar ao juiz.

Não deve a parte ocultar a verdade, utilizar-se de evasivas, de expedientes escusos ou deixar de responder o que lhe foi perguntado em audiência, ressaltando, evidentemente, as situações previstas no art. 347, do CPC.

O juiz e o advogado são responsáveis pela celeridade do processo, caben-

do ao primeiro, por força do texto legal (art. 125, III), prevenir e **reprimir** qualquer ato contrário à dignidade da justiça.

Dinamarco, sustenta a posição de que o processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes, afirmando que a participação do juiz na atividade instrutória é consequência de uma postura instrumentalista que todo julgador deve ter.¹⁵³

A real igualdade das partes no processo é um valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual, conforme ensinamentos de Cappelletti.¹⁵⁴

Surgindo, assim, a necessidade de que o juiz permaneça atento aos poderes e deveres insculpidos no art. 125 do CPC, com a finalidade de se chegar a um provimento justo, o que equivale a dizer, um provimento que retrate, com maior fidelidade possível a situação submetida à sua apreciação.

Desta forma, não pode o julgador, deixar de cumprir suas funções com responsabilidade, verificado seu procedimento faltoso, de conformidade com o disposto no art. 133, caracterizando o dolo ou a fraude, deverá indenizar os prejuízos que seu ato ocasionar à parte ou interessado.

6 - A RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS

O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) deu o primeiro passo no sentido de explicitar a responsabilidade dos profissionais que agem à margem da moral e do direito, imunes que se sentiam, posto que protegidos nos mandatos recebidos. A única falha contida no re-

ferido diploma foi a remissão da apuração de tal responsabilidade à “ação própria”, quando é certo que tudo poderia ser resolvido no mesmo processo em que caracterizado o delito processual e perante o mesmo Juiz que o preside.

O art. 32 da Lei 8906/94, dispõe sobre a responsabilidade do advogado:

“O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Parágrafo único. “Em caso de lide temerária, o advogado está solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com esse para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”

Como se vê, claramente, não é toda e qualquer situação de deslealdade processual que permite se passar a responsabilidade para o advogado, mas somente aquelas que possam vir a caracterizar a chamada “lide temerária” que, ao ver de CELSO AGRÍCOLA BARBI¹⁵⁵, somente se desenharia na previsão do inc. I do art. 17 do CPC, ou seja, nos casos em que a pretensão ou defesa afrontar texto expresso de lei ou fato incontroverso. São exatamente os casos de demandas infundadas, mas coerentemente entre elas também haveria que se colocar a hipótese de uso do processo para conseguir objetivo ilegal (art. 17, III, do CPC), com carga de deslealdade muito mais acentuada.

A responsabilização do advogado, porém, não se faz a partir pura e simplesmente da deslealdade processual. Assim, para infringir-se a regra da lealdade é suficiente a culpa grave (o Código de Processo Civil Português fala em “negligência grave” – art. 456, 2), ad-

vinda, porém, a responsabilidade do advogado somente no caso de dolo, tanto que a norma refere-se a estar o advogado “coligado” com o seu cliente “para lesar a parte contrária”, supondo, portanto, claramente a atuação intencional, objetivando prejudicar a parte contrária.¹⁵⁶

Enquanto a deslealdade processual é reconhecida e se define nos próprios autos da ação em que se deu o comportamento desleal, a apuração da responsabilidade solidária do advogado somente poderá ocorrer por ação autônoma, exclusivamente voltada para esse fim, tendo como réu o advogado e a parte ou somente um deles. Existe a necessidade da parte intentar a demanda, diferentemente do que se passa na litigância de má-fé, que pode ser definida de ofício pelo juiz.

Sendo assim, a demanda exige que se assegure ao réu a plenitude de defesa, por imperativo constitucional (art. 5º, LV, da CF), devendo a parte supostamente prejudicada provar não somente a existência da lide temerária e o comportamento doloso do advogado, associando-se ao cliente para a atuação ilícita, mas também o prejuízo, que não se presume e nem permite que simplesmente se aplique a estimativa contemplada no art. 18, do Código de Processo Civil, que admite a fixação de indenização em percentual incidente sobre o valor da causa.

É imprescindível a prova das perdas e danos, pois a responsabilidade do advogado somente existirá em razão do que perdeu a parte ou do que razoavelmente deixou de ganhar (art. 1.059 do CC).

Havendo a solidariedade do advogado com as partes pelo exercício da prá-

tica ilegal de atos processuais, com dolo ou fraude do profissional e/ ou de qualquer parte, ambos serão apenados pecuniariamente.

A materialização da responsabilidade dos advogados nos casos em que, coligados, promovam reclamatória temerária contribui, e muito, para o prestígio de toda a classe e justifica sua indispensabilidade à administração da justiça nos moldes do art. 133 da Magna Carta.

O artigo 34, XIV, da supracitada lei, classifica com infração disciplinar “de turpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou e julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”.

Valendo-se disso, ocorrendo a participação da parte e do advogado na prática da ilicitude processual, configura a solidariedade passiva, podendo um ou outro suportar total ou parcial o valor da condenação.

Mesmo que não tenha qualquer participação no ato processual doloso ou fraudulento e o juiz assim constatando, deve mencionar na decisão, mas, pode, não obstante, ocorrer o contrário, a parte, cliente do advogado, ter sido induzida por seu patrono a declarar fatos inexistentes, ou orientar testemunhas a fazê-lo, nesse caso, descoberta a verdade, cabe ao juiz aplicar a penalidade tão-somente ao advogado porque a parte foi induzida a agir de tal forma, orientada pelo seu patrono certa de que era o modo correto de atuar, vez que é leiga, não conhecendo da ciência jurídica.¹⁵⁷

7 - A MÁ-FÉ PROCESSUAL NO PROCESSO CAUTELAR

Com relação às sanções que o Código impõe ao litigante desleal, que vão desde a ineficácia do ato praticado de má-fé à condenação do outro infrator ao pagamento de multa e a indenização dos danos ocasionados ao outro litigante.

Os processos de conhecimento, execução e **cautelar**, de uma maneira ou de outra, têm princípios diferentes, mas o fundamento é o mesmo ao reprimir o infrator de conduta temerária.

O processo é o campo fértil para a má-fé, para o dolo processual, infelizmente, diz Celso Agrícola Barbi, e afirma que sua repressão é difícil, dada a imprecisão dos limites além dos quais a pessoa deve ser considerada como agindo de modo inconveniente. E adverte que é necessário que a lei contenha normas repressivas da atividade ilícita no processo, fornecendo, assim, aos juízes, meio para moralizar a atividade das partes e procuradores.¹⁵⁸

No processo cautelar, buscando disciplinar, atingir e conter o litigante de má-fé, a questão foi tratada conforme se depreende do texto dos artigos 811 e 881, parágrafo único. Com este último dispositivo, que prevê proibição de falar nos autos, nasceu acirrada discussão sobre sua constitucionalidade, em face do princípio do contraditório.

O fundamento não é fixar regras de caráter absoluto com relação ao dever de probidade e honestidade na condução da demanda, mas, estabelecer condutas de repressão aos litigantes no decorrer do processo.

O que se coibe é a decisão judicial obtida ilicitamente pelo litigante vencedor. A prevenção de transgressão pela

ameaça de uma consequência desfavorável a quem o pratique se concretiza ou se tenta reprimir mediante a aplicação da sanção cominada.

O risco de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação deve fazer referência a uma situação de objetividade fáctica plenamente demonstrável e não significar, tão-somente, o temor do requerente em sua avaliação subjetiva.¹⁵⁹

O art. 804 do CPC dispõe que é lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar, sem ouvir a parte contrária, se houver a presunção de má-fé do réu, o qual, ciente do pedido, poderá exaurir o conteúdo da pretensão. Poderá ser determinado pelo juiz o ressarcimento dos danos sofridos.

Antônio Cláudio da Costa Machado, ensina que o dispositivo sob comentário disciplina a concessão da liminar em processo cautelar, estabelecendo as várias possíveis atitudes do juiz diante de requerimento de tais medidas. Pode o magistrado, em primeiro lugar, conceder a liminar independentemente de justificação prévia ou caução. Para que isto se dê é necessária não só um apelação inicial clara e convincente, como também a existência de bons documentos que a instruem. Caso os argumentos do requerente pareçam plausíveis e verossímeis - de sorte a ficarem caracterizados em tese o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mas as provas documentais inexistam, ou sejam muito pobres, ao juiz cabe designar audiência de justificação prévia para permitir ao requerente, mediante testemunhas, a prova dos fatos que tornam necessária medida liminar. Em relação à justificação prévia observe-se que, segundo o texto, pode ser ela

realizada com ou sem a presença do requerido (*inaudita altera parte*).¹⁶⁰

O art. 811 do CPC institui a responsabilidade civil que repousa sobre o requerente da medida cautelar no caso de sua execução causar prejuízo a terceiro (art. 804).

A responsabilidade instituída é objetiva, vale dizer que, prescinde de qualquer elemento subjetivo como ocorre em algumas situações materiais (CC, arts. 169, 1.519, 1580). A responsabilidade, no caso de cautelar, funda-se no fato da execução da medida. Não depende da prova de má-fé do requerente e não há necessidade de condenação expressa. A responsabilidade do requerente é automática, tendo este que ressarcir os danos causados ao requerido.

É necessária a efetiva demonstração de danos emergentes ou lucros cessantes pelo requerido para que o requerente seja responsabilizado.

O ajuizamento da ação de reparação de perdas e danos pode ser feita em autos independentes.¹⁶¹

As medidas cautelares são provisórias e, se a sentença na ação principal é contrária à medida cautelar, desaparecem 'ex tunc' todos efeitos possíveis daquelas.¹⁶²

8 - A TUTELA CAUTELAR E A TUTELA ANTECIPATÓRIA

Em se tratando de antecipação da tutela, no campo da litigância de má-fé, cumpre destacar, pela frequência com que vai ocorrer, a ofensa ao "dever de veracidade" que deve orientar a atuação das partes no processo. Incumbe à parte, além de declarar somente a verdade,

abster-se de omitir fatos relevantes ao julgamento da lide, de que tenha conhecimento.

Representando um adiantamento da eficácia da futura decisão de mérito a ser proferida no processo, os provimentos antecipatórios não se confundem com os cautelares. A distinção substancial está em que a medida antecipatória satisfaz antecipadamente, enquanto a medida cautelar tem função meramente assecuratória de eficácia da sentença futura. A satisfatividade é da essência da antecipação da tutela, porém na tutela cautelar, consoante orientação da jurisprudência pacífica, constitui obstáculo à sua concessão.

É oportuna a advertência de Lucon (ob. Cit., p. 106 e 107): “(...) a tutela antecipatória difere da cautelar porque não pretende apenas assegurar a viabilidade da realização do direito alegado, mas adianta os efeitos do provimento jurisdicional, total ou parcialmente. Por isso, tem manifesto caráter satisfativo.

Ademais, a antecipação da tutela pode ser concedida nos casos em que há injustificada resistência do réu, diante do ‘abuso do direito de defesa’ ou do ‘manifesto propósito protelatório do réu’ (art. 273, II)” e, neste caso, é pois, inegável a **litigância de má-fé (CPC, art. 17, IV)**. E continua o citado autor: “Entretanto a tutela antecipatória aproxima-se da tutela cautelar na medida em que: a) tem a característica da provisoriedade (CPC, art. 273, parágrafo 4) e, b) o julgador deve considerar sempre a razoável probabilidade da existência do direito (evidencia-se aqui verdadeiro *fumus boni iuris*, pois a probabilidade está entre a prova inequívoca e a

verossimilhança, contidos no caput do art. 273) e, conforme o caso, o ‘fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação’ (ou a presença do *periculum in mora*, cf. art. 273, I)”.

Se houver prova inequívoca da pretensão, conjugada com pelo menos um dos demais pressupostos arrolados na lei (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou litigância de má-fé), é autorizada a antecipação da tutela.

A faculdade conferida ao juiz no artigo 273 do CPC, de antecipar a tutela requerida, pressupõe a existência de uma relação jurídica concreta, de direito material.¹⁶³

Enfim, os provimentos cautelares visam a garantir o resultado eficaz do processo, assegurando a efetividade de uma pretensão de direito processual ou material. Por outro lado, os provimentos antecipatórios dispõem diretamente sobre o direito material contendido, representando o atendimento da pretensão antes da sentença.¹⁶⁴

9 - PRESSUPOSTOS DA TUTELA CAUTELAR E DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Conforme a teoria tradicional da tutela cautelar, as medidas preventivas sujeitam-se a dois pressupostos que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Através do *fumus boni iuris*, reclama-se do requerente a demonstração de aparência de um direito subjetivo envolvido no litígio; e pelo *periculum in mora*, percebe-se o risco de um dano grave e de difícil reparação, suportado pelo mesmo direito, caso seja necessário aguardar a finalização do processo. Do expos-

to, decorre um perigo de inutilização do próprio processo, visto que, o provimento em defesa do direito subjetivo da parte, após acabado o dano, tornaria uma inutilidade prática. O remédio processual perseguido e deferido à parte não teria eficácia para cumprir sua função tutelar perante a situação jurídica material deduzida em juízo.

A tutela cautelar é mais uma defesa da eficácia do processo do que propriamente uma garantia do direito subjetivo material da parte. O destino do processo cautelar é, em suma, “fazer possível a atuação posterior e eventual de uma das formas de tutela definitiva”, na lição de MICHELI.¹⁶⁵

Com relação à antecipação de tutela (Código de Processo Civil, artigos 273 e 461), a lei exige requisitos simétricos aos da tutela cautelar, que são:

a) a prova inequívoca do direito da parte e a verossimilhança de suas alegações (artigo 273, caput); e

b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I, do Código de Processo Civil).

O segundo pressuposto pode ser, em alguns casos, substituído pelo “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (artigo 273, II, do Código de Processo Civil).

Humberto Theodoro Júnior ensina que há grande similitude de pressupostos entre as medidas cautelares e as de antecipação de tutela, que permite classificar ambas como destinadas a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, mas reservando a cada uma delas um campo de atuação próprio e distinto. Enquanto a medida cautelar foge da preocupação de satisfazer precocemente o

direito material da parte, contentando-se com preservar a idoneidade genérica do processo para atingir seu escopo, a medida antecipatória, ao contrário, é eminentemente satisfativa e se defere com declarado propósito de assegurar ao litigante, antes do encerramento do processo, aquilo que seria inerente aos efeitos práticos da situação material emergente da sentença final de mérito, isto é, da sentença de procedência do pedido.¹⁶⁶

Outra grande distinção entre as medidas examinadas e comparadas está situada no terreno das provas. Para obter medida neutra, de caráter cautelar puro, é suficiente o *fumus boni iuris*, mera aparência do bom direito.

Admite-se a concessão de medida da espécie até mesmo em situação de dúvida, sob o velho pretexto de que é preferível prevenir do que remediar.¹⁶⁷

Para alcançar a antecipação de tutela, a parte terá, obrigatoriamente, de produzir “prova inequívoca”. Poderá utilizar prova preexistente, que não necessita ser documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

Importante lembrar que é inequívoca, a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo.

Além, da “prova inequívoca”, o requerente terá de apresentar ao juiz uma versão semelhante à verdade de sua pretensão, que corresponde ao juízo de convencimento em torno do fato, invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não somente no que diz respeito

ao direito subjetivo material, mas principalmente, no tocante ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e procrastinação praticada pelo réu.

Outra diferença entre as medidas cautelares e as antecipatórias está na possibilidade de o juiz antecipar a tutela ao autor sem a presença do risco de dano imediato e irreparável, baseando-se apenas no “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (artigo 273, II).

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Na inicial, pode o autor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela.¹⁶⁸

Não há situação análoga quando se trata de medida cautelar, que sempre deverá sujeitar-se ao requisito do perigo de dano grave e de difícil reparação (artigo 798).

Por fim, as medidas cautelares são objeto de ação separada da ação principal, embora a esta se liguem por acessoriedade. Já as medidas antecipatórias são sempre incidentes do próprio processo principal, onde constituem objeto de simples decisão interlocutória.¹⁶⁹

Ressalta-se que o direito contemporâneo admite que o perigo obstaculável pela tutela cautelar (*periculum in mora*) tanto pode afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do litigante. Portanto, a medida cautelar tanto pode impedir a simples frustração da sentença enquanto ato processual definitivo

como pode antecipar provisoriamente a mesma sentença para evitar a inutilização irremediável do próprio direito material da parte que demanda a tutela jurisdicional.

O instituto da “antecipação de tutela” foi introduzido no Código de Processo Civil Brasileiro, com a reforma de 1994.

Há tutelas que permitem ao autor, desde logo, aquilo que ele somente poderia obter após a pronúncia da sentença. Tais tutelas não são cautelares, porém antecipatórias

As medidas cautelares, protegendo apenas a utilidade do processo, defendem remotamente a possibilidade futura de realização prática do direito, enquanto as medidas antecipatórias, mesmo no caso de ações declaratórias e constitutivas, asseguram à parte o exercício imediato de direitos materiais pendentes de futuro acerto.

Não existe na mais moderna visão doutrinária do processo cautelar, um obstáculo a medidas cautelares, sejam conservativas ou antecipatórias, no âmbito da tutela de mérito declaratória ou constitutiva. O que se impõem são critérios de adaptação das medidas antecipatórias às peculiaridades das ações em questão, sem, contudo, afastá-las, de maneira peremptória, da área de incidência do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Com o intuito de conseguir a concessão de uma liminar, através de medida cautelar (devido à rapidez), muitas vezes utiliza-se do Poder Judiciário, alterando a verdade dos fatos. Neste caso será considerado litigante de má-fé a parte que tenta ludibriar a justiça e obter

objeto ilícito.

Da mesma forma é a jurisprudência dominante no seguinte caso:

“A parte que intencionalmente ajuíza várias cautelares, com o mesmo objetivo, até lograr êxito no provimento liminar, configurando a litispendência, litígia de má-fé, devendo ser condenada na multa específica”.¹⁷⁰

10 - NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO: INDENIZAÇÃO OU MULTA

Existe uma discussão sobre a natureza jurídica da sanção e da fixação do valor a ser imposta ao **improbis litigador**.

Com a finalidade de impedir e reprimir a litigância de má-fé, considerando-a, genericamente, como ato atentatório à dignidade da justiça nosso sistema processual se ocupou, principalmente, de duas sanções, ou sejam, da multa (art. 233 e parágrafo único, 488, II; 538, parágrafo único e 601); e da indenização (art. 16 a 18, **caput**, 588, I, 811 e 881, parágrafo único).

A inovação, com o advento da Lei 9.668/98, resultou na modificação do art. 18, que, agora, contempla duas situações: multa e indenização.

O sistema processual brasileiro da litigância de má-fé adotou as duas situações, prevendo em cada caso a aplicação de um ou de outro caminho. Primeiramente, percebe-se que a intenção do legislador era fixar multa para todas as situações malévolas, o que, na verdade, não ocorreu, deixando ele a parte que prevê responsabilidade do litigante desleal, com previsão de indenização por

perdas e danos. Em todo o sistema, quando quis que fosse multa assim se expressou diretamente.

É imprescindível que todo e qualquer ato de deslealdade processual sofra o desprezo da sociedade e a severa punição processual.

O requerente de procedimento cautelar (art. 811) responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, prevendo o art. 881, em seu parágrafo único, a possibilidade de se condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos sofridas em consequência do atentado.

Uma exigência indispensável para o fortalecimento do processo, do Estado e da pacificação social é a condenação ao litigante de má-fé. Para isso, o sistema quis distinguir os institutos da multa e da indenização e demonstrar onde e quando deveria ser aplicada a sanção ao litigante desleal.

Oportuna é a lição, **in verbis**: A punição do comportamento processual desleal tem por objetivo simultâneo educar o faltoso para que não torne a transgredir as normas da lealdade - servindo de exemplo aos colegas/advogados mais afoitos para que não cometam semelhante erro - e compensar a contraparte pela demora adicional imposta antes da solução do litígio.¹⁷¹

Por fim, cumpre evidenciar que a lei vigente deu passo importante no sentido de autorizar imposição, de ofício, de multa por litigância de má-fé, enquanto que a penalidade no caso de imposição de indenização por danos ainda depende de pedido e submete-se ao princípio do contraditório. Na maioria das vezes, a demora na liquidação devido a discussão

do **quantum** da indenização termina por beneficiar o infrator.

Importante dizer, com os ensinamentos dos juristas Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, quando amparados em Edward Re, nos transmitem que: “... enquanto houver vontade do estado para amenizar o problema da delonga processual, qualquer processo reclama a sincera cooperação dos protagonistas da administração da justiça: juízes, promotores e advogados. Somente tal esforço, nesse entretanto, poderá formentar a luta para ter-se uma - por enquanto utópica - prestação jurisdicional rápida e efetiva.”¹⁷²

Não podemos esquecer, neste tempo de profundas transformações e mudanças, todos nós temos que tudo fazer no avanço da prestação de uma tutela jurisdicional com maior agilização, funcionalidade e rápida efetivação do processo, mas com lealdade e boa-fé, para a atuação do Direito e realização da Justiça.

11 - CONCLUSÃO

Há pessoas que não poupam esforços para alterar a verdade dos fatos, usam do processo para conseguir objetivo ilegal, ou ainda, deduzem pretensão ou defesa contra texto expresso da lei ou fato incontroverso. Para tanto o Código de Processo Civil instituiu artigos com o intuito de especificar quem é o litigante de má-fé e qual a sua punição.

Além do exposto, também reputa-se litigante de má-fé quem opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em

qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados; interpor recurso com o intuito manifestamente protelatório.

Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Nestas circunstâncias, o litigante de má-fé deve indenizar seu ex adverso os prejuízos que sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Litiga em juízo maliciosamente a parte que sonega fatos e se vale indevidamente de remédios processuais para fazer prevalecer sua pretensão injusta.

Embora o abuso do direito de demandar não seja fenômeno de nossos dias, é recente, no entanto, a preocupação em dotar o juiz, diretor do processo, de instrumentos eficazes e capazes de reprimir quaisquer atos que importem infringência ao princípio da conduta ética.

Inadmissível que o processo, pelo seu uso inadequado, sirva de instrumento para se legalizar a fraude.

A retórica, nas postulações, deve ser resguardada do componente ético do processo judicial.

A sonegação, a omissão, a adulteração da verdade fática, os argumentos sem o mínimo respaldo jurídico, alegações sem qualquer consistência, à margem do direito e, sobretudo, aquelas causas patrocinadas e fundamentadas em fatos sabidamente inverídicos, devem sofrer o mais veemente repúdio, cabendo ao órgão judicante o dever indeclinável de aplicar ao litigante de má-fé às sanções.

As recentes inovações com a nova redação do art. 18 do CPC, representam avanço e um passo à frente em relação

ao texto anterior.

A multa como a indenização não se mostram, contudo, suficientes para o restabelecimento do respeito, da dignidade e do prestígio da Justiça.

Interessante dizer que o juiz pode declarar a litigância de má-fé das partes e advogados, atento às disposições do parágrafo único do art. 32, da Lei 8.906/94, bem como aplicar a penalidade pecuniária cabível e executar a parte e o advogado que se conduzirem solidariamente prejudicando a outra parte, mas, mediante provocação da parte lesada.

O fato da lei garantir um direito não significa que esse direito deva ser tido como absoluto e possa ser utilizado por seu portador de qualquer modo, a seu bel prazer, e com abuso do próprio direito e da ordem jurídica estabelecida, que cumpre cuidar dos direitos sociais e individuais da sociedade.

Todos têm o dever de verdade na relação jurídica processual, uma obrigação de respeito ao cidadão e ao Poder Público, sem afronta a lealdade processual.

Os atos atentatórios à dignidade da Justiça, devem ser de uma vez por todas repelidos do meio forense, com a imposição da sanção para punir e o coibir os ímpetus do **improbis litigator**.

Com seriedade, moralidade, e probidade, a verdade deve sempre ser dita e prevalecer nos atos processuais. Seja na petição, na contestação ou na audiência, as partes devem se conduzir com boa-fé.

¹ Este artigo é um resumo de uma pesquisa mais ampla que será oportunamente publicada e foi desenvolvida no primeiro semestre do ano de 2000 como subsídio teórico para as disciplinas de Teoria Geral do Direito e Sociologia Jurídica ministradas no Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

² Jürgen Habermas nasceu em 1929 em Düsseldorf, na Alemanha. Estudioso de Filosofia, Sociologia, Psicologia, Literatura, Política e Direito, participa, junto com Otto Appel, da segunda geração da Escola de Frankfurt. No entanto, supera em muitos aspectos a tradição dos críticos da cultura, ao formular teses radicalmente inovadoras, como as desenvolvidas nos livros “A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio”, “Teoria da Ação Comunicativa” e “Direito e Democracia”, onde apresenta uma das mais importantes críticas aos modos de exercício do poder tecnocrático nas sociedades capitalistas, analisando o processo de falsificação da práxis social pelo predomínio de uma racionalidade técnica e instrumental e estuda as condições para o estabelecimento de uma racionalidade crítica, através de processos dialógicos de comunicação nos âmbitos da comunidade científica e da vida social coletiva. Ele acredita que somente a dinamização de ações defensivas e ofensivas da sociedade civil, orientadas por uma racionalidade crítica, poderão barrar a colonização e empobrecimento da esfera cultural do mundo da vida, impedindo os abusos dos detentores de poder no Estado e no mercado e garantindo a sobrevivência das normas constitucionais democráti-

cas criadas pelos cidadãos.

Susana Gauer Vieira, Bacharel em Direito – UNISINOS –RS

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Professora de Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Universidade de Uberaba

Professora de Criminologia e de Sociologia Jurídica no Curso de Direito, UNIT, Uberlândia

³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 12

⁴ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. **Razão Comunicativa e Emancipação**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994, p. 111

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 186, 214-215

⁶ SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Jürgen Habermas: **Razão Comunicativa e Emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p.27

⁷ _____. **Obra citada**. p. 156-157

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Obra citada**, 1997, p. 13

⁹ HABERMAS, J. **Obra citada**, v. 2, p. 24-25

¹⁰ HABERMAS, J. **Obra citada**, v. 2, p. 24

¹¹ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2 p. 117

¹² _____. **Obra citada**, v.2, p. 118

¹³ _____. **Obra citada**, v.2, p.129

¹⁴ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 117.

¹⁵ **Idem**, v. 2, p. 117

¹⁶ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.1, p.134

¹⁷ _____. **Obra citada**, v.1, p. 134

¹⁸ _____. **Idem**, v.1, p.134

¹⁹ _____. **Obra citada**, v.1, p. 157-158

²⁰ _____. **Obra citada**, v.1, p.159-160

²¹ _____. **Obra citada**, v.1, p.161-162

²² _____. **Obra citada**,v.1, p.162-163

²³ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.1, p. 163-164

²⁴ _____. **Obra citada**, v.1, p. 164 - 165

²⁵ _____. **Obra citada**, v.1, p. 165-166

²⁶ _____. **Obra citada** v.1, p. 167

- ²⁷ _____. **Obra citada**, v.1, p. 168
- ²⁸ _____. **Obra citada**, v.1, p.202
- ²⁹ _____. **Obra citada**, v.1, p. 204
- ³⁰ _____. **Obra citada**, v.1, p. 207
- ³¹ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.1, p. 212-213
- ³² _____. **Obra citada**, v.1, p 213-214
- ³³ _____. **Obra citada**, v.1, p. 212, 214
- ³⁴ _____. **Obra citada**, v.1, p. 215-216
- ³⁵ _____. **Obra citada**, v.1, p. 212-213, 216-217
- ³⁶ _____. **Obra citada**, v.1, p. 217
- ³⁷ _____. **Obra citada**, v.1, p.213, 218
- ³⁸ _____. **Obra citada**, v.1, p 219-220
- ³⁹ _____. **Obra citada**. v.1, p. 220-221
- ⁴⁰ _____. **Obra citada**. v.1, p. 350-351
- ⁴¹ HABERMAS, J. **Obra citada**, v. 1, p. 354
- ⁴² HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 189-190
- ⁴³ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 190
- ⁴⁴ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 189
- ⁴⁵ _____. **Idem**, p. 189
- ⁴⁶ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 115
- ⁴⁷ _____. **Idem**, v.2, p. 115
- ⁴⁸ HABERMAS, J. **Obra citada**, v.2, p. 123-124
- Gil Ferreira de Mesquita** – Advogado, Professor de Teoria Geral do Processo da Universidade de Uberaba – UNIUBE e do Centro Universitário do Triângulo – UNIT, Mestrando em Direito Público pela Universidade de Franca – UNIFRAN e Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos – IJCON.
- ⁴⁹ Para GUERRA FILHO (1997, p. 179), “de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas ‘por natureza’ constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais, reveste-se de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes

referências bibliográficas

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . *Direito administrativo* – 12. ed. – São Paulo: Atlas 2000.
- HARGER, Marcelo. A Motivação do Ato Administrativo. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, Abril/99.
- _____. A importância do processo administrativo. *BDA – Boletim de Direito Administrativo* – Maio/99.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros : 1996. 734 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Curso de Direito Administrativo, 8. ed., São Paulo: Malheiros 1996. MUKAI, Hoshio. *A Lei do Procedimento Administrativo Federal* (Lei nº 9.784/99). *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, Junho/99.
- MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, Janeiro/99.

da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento”.

⁵⁰ No entender de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1993, p. 73) o “direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional”. Esta última compreende, para os autores, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais.

⁵¹ As disposições processuais contidas nas Constituições brasileiras são bem tratadas por Roberto Rosas em sua obra “Direito processual constitucional”, publicada pela Revista dos Tribunais.

⁵² Para José Afonso da SILVA (1993, p. 103), o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, cujas características básicas foram a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e enunciado e garantia dos direitos individuais.

⁵³ Filho de Enrique II e de Leonor de Aquitânia, chamado “sem terra” porque não fora contemplado na herança paterna, subiu ao trono não por direito divino,

mas por sufrágio, sendo coroado na festa da Ascensão, em 27 de maio de 1199, em sucessão a seu irmão, o Rei Ricardo Coração-de-Leão. Morreu aos 19 de outubro de 1216, de disenteria.

⁵⁴ É costume da doutrina apresentar tais garantias na ordem em que vieram dispostas na Magna Carta, ou seja em cláusulas. Aliás, preferimos falar em cláusulas, e não em artigos ou itens. Por tratar-se de um pacto entre o Soberano e os Barões esta terminologia nos parece a mais adequada. Todavia, há quem afirme, como COMPARATO (1999, p. 57), que a o texto foi redigido sem divisões nem parágrafos, mas é “comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas”.

⁵⁵ Conforme aponta Jorge MIRANDA, a *Magna Charta*, foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI (MORAES, 1998, p. 25).

⁵⁶ Os dispositivos Constitucionais aparecem neste trabalho em suas redações originais.

⁵⁷ Paulino Jacques, como já anotado anteriormente, entendia que mesmo a Constituição Imperial consagrava o devido processo legal.

⁵⁸ “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que

ela adota.”

⁵⁹ A redação deste dispositivo é idêntica à constante da nota anterior.

⁶⁰ “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual (...).”

⁶¹ “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.”

⁶² A doutrina costuma arrolar como garantias advindas do devido processo legal: a garantia do juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a igualdade processual, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, dentre outras.

⁶³ “*Capítulo 20 - (1) La Republica Federal Alemana es un Estado Federal democratico y social. (2) Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejerce en las elecciones y votaciones y a traves de organos especiales de legislacion, de ejecucion y de jurisdiccion. (3) El Poder Legislativo estara vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estaran sujetos a la ley y al derecho. (4) Todo aleman tendra derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia.*”

⁶⁴ Segundo LIMA (1999, p. 152), há registro de uma sentença da Corte Suprema de Justiça, datada de 1956, em ação de divórcio, fundamentada na violação do art. 32 da Constituição de 1946,

à época, consagradora do devido processo legal.

⁶⁵ A atual Constituição manteve este artigo, com mínimas alterações em sua redação, sem, contudo, modificar o alcance da garantia.

⁶⁶ BARACHO (1984, p. 123), lembrando o magistério de Héctor Fix-Zamudio, informa que a Constituição Mexicana pretendeu consagrar o devido processo legal tendo como modelo o direito norte-americano, mas a redação defeituosa motivou interpretação jurisprudencial que levou à garantia de justiça.

⁶⁷ A citação dos países neste trabalho é meramente exemplificativa, não tendo sido esgotadas as possibilidades de outros ordenamentos estarem à frente do brasileiro quanto à previsão expressa do princípio do devido processo legal.

⁶⁸ Sugerimos como leitura a obra “O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito”, de Elizabeth Maria de Moura, uma publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, editado por Celso Bastos Editor (2000).

Veronica Altes Barros – Professora de Direito do Trabalho nos cursos de Direito e Administração de Empresas do Centro Universitário do Triângulo – UNIT, Mestranda em Direito Privado pela Universidade de Franca – UNIFRAN, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Comercial pela Universidade de Uberlândia – UFU.

* Advogado e Consultor Jurídico em Uberaba/MG, Pós-Graduando em Direito Empresarial pela Universidade de São José do Rio Preto/SP - **UNIRP**

* A autora graduou-se na Universidade de Uberaba em 1998, concluiu o Curso de Especialização em Direito do Estado pela ESA/OAB de Minas Gerais em convênio com a Universidade de Uberaba e atualmente está cursando a matéria Direito Geral Econômico no Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFMG.

⁶⁹ Por emprego informal entende-se aquele em que nem trabalhador nem empregador contribuem para financiar os ônus do Estado, principalmente na seguridade social.

⁷⁰ HUNT, E. K.. **História do pensamento econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. (tradução de José Ricardo Brandão Azevedo). p.30.

⁷¹ HUNT, E. K.. **História do pensamento econômico**. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. (tradução de José Ricardo Brandão Azevedo). p.31-33.

⁷² HUNT, E. K.. **História do pensamento econômico**. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. Título original: History of economic thought. p.32.

⁷³ HUNT, E. K.. **História do pensamento econômico**. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. Título original: History of economic thought. p.34.

⁷⁴ HUNT, E. K.. **História do pensamento econômico**. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. Título original: History of economic thought. p.35-36.

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970. p.18-19.

⁷⁶ HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Trad. Therezinha M. Deustsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção Os economistas. Título original: The worldly philosophers. p.152.

⁷⁷ HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Trad. Therezinha M. Deustsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção Os economistas. Título original: The worldly philosophers. p.101-102.

⁷⁸ HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Trad. Therezinha M. Deustsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção Os economistas. Título original: The worldly philosophers. p.102-112.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970. p.26.

⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970. p.26-29.

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito do traba-**

lho. São Paulo: LTr, 1970. p.28.

⁸² Conforme VIANNA, José de Se-
gadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARA-
NHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Se-
gadas. **Instituições de direito do tra-
balho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas
Bastos, 1963. p.23.

⁸³ VAZ, Isabel. **Direito econômico
das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro:
Forense, 1993. p. 66.

⁸⁴ Conforme VIANNA, José de Se-
gadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARA-
NHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Se-
gadas. **Instituições de direito do tra-
balho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas
Bastos, 1963. p. 30; NASCIMENTO,
Amauri Mascaro. **Fundamentos do di-
reito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970.
p. 41; CAMARGO, Ricardo Antonio
Lucas. **Ordem jurídico- econômica e
trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio
Fabris, 1998. p. 54.

⁸⁵ VAZ, Isabel. **Direito econômico
das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro:
Forense, 1993. p. 70.

⁸⁶ Conforme VIANNA, José de Se-
gadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARA-
NHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Se-
gadas. **Instituições de direito do tra-
balho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas
Bastos, 1963. p. 30-31.

⁸⁷ Estes fatos não excluem leis limi-
tando horas de trabalho, dentre outros
“direitos”, desde 1802, na Inglaterra,
mesmo que não correspondessem total-
mente aos desejos dos trabalhadores.

⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**.
21. ed. São Paulo: LTr, 1994. p.40-41.

⁸⁹ HUNT, E. K.. **História do pensa-
mento econômico**. Trad. José Ricardo
Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro:
Campus, 1981. Título original: History
of economic thought. p.78-79.

⁹⁰ CARNEIRO, Ricardo. **A contri-
buição da economia do meio ambien-
te para o aperfeiçoamento da legisla-
ção e da política ambiental brasileira**.
Dissertação de Mestrado em Direito Eco-
nômico sob a orientação do Professor
Doutor João Bosco Leopoldino da Fon-
seca, defendida na Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Ge-
rais, em 2000. p. 42-43.

⁹¹ Os problemas advindos da divisão
do trabalho já haviam sido detectados por
Marx, em *O Capital*, como salienta
HUNT, em **História do pensamento
econômico**. Trad. José Ricardo Bran-
dão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Cam-
pus, 1981. Título original: History of eco-
nomic thought.p.504-505.

⁹² CARNEIRO, Ricardo. **A contri-
buição da economia do meio ambien-
te para o aperfeiçoamento da legisla-
ção e da política ambiental brasileira**.
Dissertação de Mestrado em Direito Eco-
nômico sob a orientação do Professor
Doutor João Bosco Leopoldino da Fon-
seca, defendida na Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Ge-
rais, em 2000. p. 43-46.

⁹³ CARNEIRO, Ricardo. **A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e da política ambiental brasileira.** Dissertação de Mestrado em Direito Econômico sob a orientação do Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 46.

⁹⁴ CARNEIRO, Ricardo. **A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e da política ambiental brasileira.** Dissertação de Mestrado em Direito Econômico sob a orientação do Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 46-47.

⁹⁵ CARNEIRO, Ricardo. **A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e da política ambiental brasileira.** Dissertação de Mestrado em Direito Econômico sob a orientação do Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 47.

⁹⁶ CARNEIRO, Ricardo. **A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e da política ambiental brasileira.** Dissertação de Mestrado em Direito Econômico sob a orientação do Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Ge-

rais, em 2000. p. 48-49.

⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais.** 2. ed. revista e atualizada. Leme: Editora de Direito, 1999. p. 257-258.

⁹⁸ Destaque do autor.

⁹⁹ EMN é utilizado pelo autor para se referir às Empresas Multinacionais.

¹⁰⁰ CARNEIRO, Ricardo. **A contribuição da economia do meio ambiente para o aperfeiçoamento da legislação e da política ambiental brasileira.** Dissertação de Mestrado em Direito Econômico sob a orientação do Professor Doutor João Bosco Leopoldino da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 49.

¹⁰¹ Conforme VIANNA, José de Se-
gadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Se-
gadas. **Instituições de direito do trabalho.** 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p.32-36.

¹⁰² Vianna cita greves violentas em São Paulo em 1957; greves e agitações em Niterói, em 1959, com cento e doze feridos; em 1960, greve geral no Rio Grande do Sul, dos trabalhadores dos transportes urbanos no Rio de Janeiro, dos metalúrgicos em São Paulo, com feridos, dos marítimos, ferroviários e portuários, esta, sob inspiração comunista, em novembro. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, E. Délio; VIAN-

NA, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p.36.

¹⁰³ v.r. = Valor de referência.

¹⁰⁴ e.p.p. = Empresa de Pequeno Porte.

¹⁰⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 305-306.

¹⁰⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 312-313.

¹⁰⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.305.

¹⁰⁸ Conforme ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 20. “Depois de pago o tributo ou extinta a relação tributária, se o Estado-membro destina 20% (vinte por cento) da receita do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços aos Municípios, se o empréstimo compulsório é devolvido depois de 1 (um) ou 2 (dois) anos, ou, ainda, se com o produto da arrecadação dos tributos o Estado constrói pontes, viadutos, estradas, sustenta a mordomia etc., estes elementos são regulados por normas de Direito Financeiro, ou qualquer outra, mas são totalmente alheios ao Direito Tributário.”

¹⁰⁹ BOTELHO, Werther. **Da tributação e sua destinação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 58-59.

¹¹⁰ BOTELHO, Werther. **Da tributação e sua destinação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 57.

¹¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 313.

¹¹² DÍAZ, Eugenio. Concertación social en Chile. In: **Debate Laboral. Revista Americana e Italiana de Derecho Del Trabajo**. Año V. n. 11 (2)/1992. p.187.

¹¹³ MORAES, Antonio Ermírio de. **Um bom começo!** Folha de São Paulo. Caderno Opinião. Domingo, 14 de maio de 2000. p. A2.

¹¹⁴ MORAES, Antonio Ermírio de. **Um bom começo!** Folha de São Paulo. Caderno Opinião. Domingo, 14 de maio de 2000. p. A2.

¹¹⁵ RODRIGUES, Antonio Carlos Menezes. Flexibilização e alteração contratual. In: **LTr. Suplemento Trabalhista**. São Paulo: Ano 32. 045/96. p. 259-263.

¹¹⁶ DÍAZ, Eugenio. Concertación social en Chile. In: **Debate Laboral. Revista Americana e Italiana de Derecho Del Trabajo**. Año V. n. 11 (2)/1992. p.179-190.

¹¹⁷ TAPIA GUERRERO, Francisco. Autonomía colectiva y legislación del trabajo en Chile. In: **Debate Laboral. Revista Americana e Italiana de Derecho Del Trabajo**. Año V. n. 11(2)/1992. p.169.

¹¹⁸ BRONSTEIN, S. Arturo. Reforma laboral en la América Latina. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1/1997/Primavera. p.18.

¹¹⁹ CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. Flexibilidad en Silicon Valley. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1/1997/Primavera. p.37.

¹²⁰ CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. Flexibilidad en Silicon Valley. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1/1997/Primavera. p.38.

¹²¹ CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. Flexibilidad en Silicon Valley. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1/1997/Primavera. p.39-40.

¹²² EVANS-KLOCK, Christine; KELLY, Peggy; RICHARDS; Peter; VARGHA; Corine. Reducciones de plantilla: medidas preventivas y de reparación. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.118. n.1. 1999. p.55.

¹²³ EVANS-KLOCK, Christine; KELLY, Peggy; RICHARDS; Peter; VARGHA; Corine. Reducciones de plantilla: medidas preventivas y de reparación. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.118. n.1. 1999. p.62. Ver también FOUCAULD, Jean Baptiste de. Sociedad posindustrial y seguridad económica. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.115. n.6. 1996. p.733-739.

¹²⁴ EVANS-KLOCK, Christine; KELLY, Peggy; RICHARDS; Peter; VARGHA; Corine. Reducciones de plantilla: medidas preventivas y de reparación. In: **Revista Internacional del Trabajo**. v.118. n.1. 1999. p.59.

¹²⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. Ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 585-614, 552-584, 434-499, respectivamente.

¹²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito econômico e tributário: comentários e pareceres**. São Paulo: Resenha Tributária/ FIEO- Fundação Instituto de Ensino para Osasco, 1982. p.1-2.

¹²⁷ GAETE BERRÍOS, Alfredo; SANTANA DAVIS, Inés. **Seguridad social: estudio teórico-práctico de la nueva legislación chilena y comparada**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957. p.9.

¹²⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.. p.568, 571-572.

¹²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito econômico e tributário: comentários e pareceres**. São Paulo: Resenha Tributária/ FIEO- Fundação Instituto de Ensino para Osasco, 1982. p.6.

¹³⁰ **Paulo Leonardo Vilela Cardoso**, Advogado, mestrando em Direito Privado pela Universidade de Franca - UNIFRAN; Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU - 2000; Pós-graduado

em Direito Processual Civil pela mesma Universidade em 1999.

¹³¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. “Da prescrição e decadência”. São Paulo: Editora Saraiva, 1939, p. 12.

¹³² MONTEIRO, Washinton de Barros “Curso de direito civil, parte geral”. 27ª ed. São Paulo: Editora Sariaiva, 1988, p. 286/287.

¹³³ CÂMARA LEAL, op. cit., p. 10, nota 2.

¹³⁴ Castro, Amílcar. “Prescrição de direito no curso da lide”. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 124, p. 17

¹³⁵ THEDORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”. 13ª Edição. São Paulo: Editora LEUD, 1989.

¹³⁶ ASSIS, Araken. “Manual do Processo de Execução”. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 908

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. “Execução Civil”. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

¹³⁸ THEDORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”. 13ª Edição. São Paulo: Editora LEUD, 1989, p. 436.

¹³⁹ ASSIS, Araken. “Manual do Processo de Execução”. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 1.026.

¹⁴⁰ ASSIS, op. cit. p. 1.027, nota 10.

* Mestre em Lingüística pela UFU; doutoranda em Lingüística pela UNESP; professora de Língua Portuguesa da Universidade de Uberaba e da Rede Pública Estadual.

** Especialista em Literatura pela PUC/MG; professora de professora de Língua Portuguesa da Universidade de Uberaba.

*** Mestre em Lingüística pela UFU; doutoranda em Lingüística pela UNESP; professora do Instituto de Formação de Educadores da Universidade de Uberaba e da Rede Pública Municipal

¹⁴¹ Ruy de Azevedo Sodré. A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado, 3ª tiragem, 1984, p. 85.

¹⁴² Ronaldo Bretas Carvalho Dias - Fraude no Processo Civil. 1ª ed. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 84-86.

¹⁴³ Ibid., mesma página.

¹⁴⁴ Cibele Bonoto, Dinara R. do N. Pereira, Irene Kulakowski, Paulo J. B. Leal, A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, Publicado na Revista Justiça do Trabalho - Jurisprudência Trabalhista do Rio Grande do Sul nº 173, maio/98, página 112.

¹⁴⁵ Tobias Barreto, “Estudos de Direito”, p. 105.

¹⁴⁶ Aristóteles Atheniens, O Estado e

a Lealdade Processual, publicado na RJ nº 237 de julho de/97, p.39.

¹⁴⁷ CPC Comentado”, vol. II/131

¹⁴⁸ Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, vol. 3, 12ª ed. Editora Forense, 1993, p.100.

¹⁴⁹ Dicionário Jurisprudencial, 3ª ed., editora Revista dos Tribunais.

¹⁵⁰ Alvino Lima, citado no acórdão da 1ª Turma do STF 17/03/87 - relator Sydney Sanches, decisão transcrita na RTJ 130/792.

¹⁵¹ Humberto Theodoro Júnior, O Princípio da Probidade e a Repressão à Litigância de Má-Fé, COAD. Seleções Jurídicas, Belo Horizonte, p.18.

¹⁵² Ibid., mesma página.

¹⁵³ Cândido Rangel Dinamarco, Instrumentalidade, p. 70.

¹⁵⁴ Cappelletti Giudicci, Legislatori, p. 6.

¹⁵⁵ Comentários, nº 164, p. 175.

¹⁵⁶ Clito Fornaciari Júnior, O ADVOGADO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, Publicada no Jornal Síntese nº 37 - MAR/2000, p. 13.

¹⁵⁷ Manoel Hermes de Lima, Litigância de Má-fé - Solidariedade do advoga-

do com a parte, R.Ltr. 59-01/34. 1995.

¹⁵⁸ Revista Forense, 247, p. 21/22.

¹⁵⁹ Indalécio Gomes Neto, Antecipação de tutela Publicada na ST nº 77, nov.95, p.7.

¹⁶⁰ Antônio Cláudio da Costa Machado, Código de Processo Civil Interpretado, p. 903, Editora Saraiva, 2ª e. 1996.

¹⁶¹ RJTJESP 91/179.

¹⁶² RTJ 122/149; a citação é da p. 175, 2ª col.

¹⁶³ Indalécio Gomes Neto, Antecipação de tutela. Publicada na ST nº 77 - nov.95, p.7.

¹⁶⁴ Humberto Theodoro Junior - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E MEDIDAS CAUTELARES - TUTELA DE EMERGÊNCIA. Revista Jurídica nº 253, novembro/98, p. 25.

¹⁶⁵ “Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, EJEJA, 1970, volume I, nº 20, p. 78.

¹⁶⁶ Humberto Theodoro Junior, op. cit., p. 25..

¹⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1959, volume VIII, p.

295; CALAMANDREI, *Introduzione allo Studio Sistemático del Povvedimenti Cautelari*, edição 1936, p. 20; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, 2ª edição, p. 68.

¹⁶⁸ J.E.S. FRIAS, *op. cit.* p.66.

¹⁶⁹ Humberto Theodoro Junior, *op. cit.* p. 25.

¹⁷⁰ STJ – REsp 108.973 – MG – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.12.1997.

¹⁷¹ Luiz R. Nuñez Padilha, *Litigância de Má-Fé*, no CPC Reformada. V. Processo 78, p.105.

¹⁷² Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. Ed. RT 1993, p 107.

A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA BUSCA DA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA



Lúcio Delfino *

sumário

01. Administração Pública
01. Introdução
02. Conceitos de hermenêutica e interpretação jurídica e suas diferenciações
03. O direito e a sociedade
04. O juiz, a evolução cultural e a justiça
05. A interpretação jurídica quando realizada em desconformidade com a realidade social
06. A interpretação jurídica e o respeito à norma legal
07. Conclusão
08. Referências Bibliográficas

resumo

Este artigo versa sobre a importância da linguagem para as ciências jurídicas, uma vez que o operador do Direito não deve se limitar a técnicas jurídicas, mas deve estar atento às diversas possibilidades de realização da palavra, de forma a evidenciar a importância da interpretação jurídica em sintonia com a situação cultural social, política e econômica, para que a realização da justiça possa, de fato, corresponder aos anseios da sociedade.

1 INTRODUÇÃO

O direito, para alcançar os anseios de um povo, deve evoluir, não se limitando, somente, a técnicas jurídicas. Para a aplicação correta da lei ao caso *sub judice*, devem-se conhecer os fatos sociais em que está submersa determinada sociedade, para que, com isso, possa o aplicador do direito perceber as causas dos problemas que afligem a coletividade e, assim, interpretar a lei fria de forma que gere o calor da justiça desejada.

Procura-se desenvolver, no presente trabalho, raciocínio a fim de demonstrar a importância da interpretação do direito em sintonia com a situação cultural, social, política e jurídica de uma determinada sociedade, objetivando, com isso, a realização do bem comum.

2 CONCEITOS DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUAS DIFERENCIAÇÕES

A importância da linguagem no direito é fundamental, pois é por intermê-

* **Lúcio Delfino**, Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade de Franca; Mestrando na Área de Concentração de Direito Empresarial pela Universidade de Franca; Advogado e Consultor Jurídico na cidade de Uberaba/MG (ldelfino@enetec.com.br)

dio de seu uso que se exprime o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, o poder e o não poder. Sem o domínio da linguagem, o sistema jurídico ficaria à mercê da obscuridade, da incongruência com o real, e a aplicação da lei restaria duvidosa, estranha ao fim social a que se destina.

J.J. Calmon de Passos, em Seminário promovido pelo Instituto do Direito, nos dias 20, 21 e 22, realizado no Rio de Janeiro, intitulado Direito Civil e Processo Civil – Inovações e Tendências –, ao salientar a importância da linguagem, afirmou, categoricamente, que “a linguagem é o homem”.

A palavra, mesmo usada de forma correta, gera, muitas vezes, interpretações distintas, pelo fato de a linguagem normativa não apresentar significados unívocos. Como se não bastasse, existem também as hipóteses de que o texto legal vem empobrecido com erros gramaticais que confundem sobremaneira a interpretação correta da norma jurídica.

Tais considerações, apesar de informarem de forma evidente a importância da interpretação normativa, não são suas únicas justificativas: a maior razão de ser da atividade interpretativa consiste na obrigatoriedade do Estado na realização da paz social, dirimindo conflitos de interesses, visando, assim, manter a ordem jurídica. Essa tarefa obriga o operador jurídico a aplicar regras de interpretação jurídica, com objetivo de adequar e aplicar a norma escrita ao objeto do litígio, sempre atento aos elementos concretos e vivos da experiência social.

DINIZ, (1991, p. 381) afirma que:

“A norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto

legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente.”

MAXIMILIANO, (1994, p. 1) assevera que:

“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”

Tal interpretação é feita, sempre, conforme alguns enunciados preestabelecidos de como interpretar regras jurídicas. O nome dado à ciência que estuda e confecciona o repertório de enunciados a serem respeitados pela via interpretativa é Hermenêutica.

Cabe, neste momento do estudo, salientar a opinião de alguns autores, dentre eles o mestre Miguel Reale, no sentido de esclarecer a diferenciação entre hermenêutica e interpretação com desprezo, por não trazer qualquer sentido prático à consecução dos fins.

No entanto, seguimos entendimento diverso do eminente jurista, adotando a opinião de BASTOS (1997, p. 21):

“Faz sentido aqui a diferença posto que hermenêutica e interpretação levam a atitudes intelectuais muito distintas. Num primeiro momento, está-se tratando de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc. Ademais, embora essas regras, que mais propriamente poder-se-iam designar por enunciados, para evitar a confusão com as regras jurídicas propriamente ditas, preordenem-se a uma atividade ulterior de aplicação, o fato é que eles podem existir autonomamente do uso que depois se vai deles fazer. Já a interpretação não permite este caráter teórico-jurídico, mas há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma.”

Assim, a interpretação tem caráter concreto, seguindo uma via preestabelecida, em caráter abstrato, pela hermenêutica. Pode-se dizer que a interpretação somente se dá em confronto com o

caso concreto a ser analisado e decidido pelo judiciário. A hermenêutica, ao contrário, é totalmente abstrata, isto é, não tem em mira qualquer caso a resolver.

Com a mestria que lhe é peculiar, MAXIMILIANO (1994, p. 1):

“o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”

Afirma o ilustre jurista BASTOS (1997, p. 22) que a interpretação é verdadeiramente uma arte. Compara as tintas que se apresentam ao pintor, aos enunciados hermenêuticos que são deixados ao tirocínio do intérprete:

“Assim como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se (sic) um caso concreto. Por isso, não é possível negar, da mesma forma, o caráter evidentemente artístico da atividade desenvolvida pelo intérprete. A interpretação já tangencia com a própria retórica. Não é ela neutra e fria como o é a hermenêutica. Ela tem de persuadir, de convencer. O Direito está constantemente em busca de reconhecimento. Não se quer que o intérprete coloque sua opinião, mas sim que ele seja capaz de oferecer o conteúdo da norma jurídica de acordo com enunciados ou formas de raciocínio explícitos, previamente traçados e aceitos de maneira mais ou menos geral, advindos de determinada ciência, mas sem necessariamente com isto estar-se fazendo ciência.”

MAXIMILIANO (1994, p. 5) resalta, ainda, que:

“Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.

A memória retém com dificuldade o que é acidental; por outro lado, o intelecto desenvolve dia a dia o logicamente necessário, como consequência, evidente por si mesma, de um princípio superior. A abstração sistemática é a lógica da ciência do Direito. Ninguém pode tornar-se efetivo senhor de disposições particulares sem primeiro haver compreendido a milímoda variabilidade do assunto principal na singeleza de idéias e conceitos da maior amplitude ou, por outras palavras, na simples unidade sistemática”

Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito

Assim, a interpretação é nada mais que a aplicação ao caso concreto de enunciados já estabelecidos pela ciência da Hermenêutica. Uma coisa é interpretar a norma legal, outra é refletir e criar as formas pelas quais serão feitas as interpretações jurídicas. Interpretar é descobrir o sentido de determinada norma jurídica ao aplicá-la no caso concreto. A

vaguidade, ambigüidade do texto, imperfeição, falta da terminologia técnica, má redação obrigam o operador do direito, a todo o instante, a interpretar a norma jurídica visando encontrar o seu real significado, antes de aplicá-la a caso *sub judice*. Mas não é só isso. A letra da lei permanece, mas seu sentido deve, sempre, adaptar-se às mudanças que o progresso e a evolução cultural imputam à sociedade. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (DINIZ, 1991, p. 38).

3

O DIREITO E A SOCIEDADE

A diferenciação entre Hermenêutica e interpretação jurídica tem, no presente estudo, um significado todo especial: foi feita com o intuito de realçar a grande importância da interpretação jurídica pelo magistrado antes da aplicação da regra jurídica ao caso *sub judice*.

Houve tempo em que se acreditava ser a lei uma fórmula “mágica”, expressão definitiva do direito, por meio da qual o Estado poderia resolver todos os problemas jurídicos da sociedade. Acreditava-se que pela regra positiva, poder-se-ia dirimir todas as hipóteses de litígios surgidos na sociedade.

Tal pensamento equivale a igualar o ser humano à espécie animal. O animal vive em conformidade com seus instintos, segue uma ordem que não permite desvios ou transgressões. A vida dos animais segue, portanto, uma regularidade orgânica, fixa e constante.

O homem se organiza de forma distinta, por ser dotado de inteligência. Está, sempre, procurando desenvolver-se, melhorar suas condições de vida, progredir. Diversamente da espécie animal, não segue seu instinto, e sua vida está em constantes mudanças e adaptações. Sua vida social não está organizada de modo inexorável e rígido; ao contrário, se desenvolve dentro de margens mais amplas, em uma grande variedade de formas suscetíveis de desenvolvimento, que exigem, sem sombra de dúvidas, um ordenamento construído sempre com liberdade.

O ordenamento animal é fixo, rígido, constante; a vida social do homem segue caminhos flexíveis, mutáveis, sempre em desenvolvimento. GARAY (1976, p. 12), ao comparar o instinto animal com o ordenamento jurídico, concluiu que “*el orden jurídico es, en la sociedad de los hombres, el sustituto y complemento del orden instintivo.*”

No entanto, não se alcança a harmonia, a justiça e a ordem, simplesmente seguindo o curso livre dos acontecimentos. Daí vem a necessidade e obrigação do homem de criar um ordenamento jurídico real, passível de interpretações, sem ilusões ou mágica, visando regular os atos humanos em conformidade com a realidade social.

MAXIMILIANO (1994, p. 12), ensina:

“Não há como almejar que uma série de normas, por mais bem feitas que sejam, vislumbrem todos acontecimentos de uma sociedade. Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur (nem as leis nem os senatus-consultos podem ser escritos de

tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes).

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos.

Transformam-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevisíveis, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.”

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

Por conseguinte, o homem necessita de um ordenamento jurídico que o discipline. Carece de normas que regulem seus próprios atos e os de seus semelhantes. No entanto, tais normas são somente letras gélidas e não possuem for-

ça alguma sem a vivacidade e criatividade do intérprete.

Não há normas que possam abranger e esgotar um inventário de situações existentes em uma sociedade. Isso é ilusório, fantasioso e impossível de se estabelecer, pois, o homem é um ser dinâmico e impreciso, características essas que geram, sempre, situações novas, imprevisíveis na sua vida em sociedade.

Percebe-se que a interpretação jurídica possui, sem dúvida alguma, importante função, pois a lei, por ser escrita, permanece, e, por isso, necessita da criatividade e vivência cultural do intérprete para adequá-la ao caso *sub judice*.

4

O JUIZ, A EVOLUÇÃO CULTURAL E A JUSTIÇA

O direito deve acompanhar a evolução cultural. Necessariamente o ordenamento jurídico deve interagir-se com os acontecimentos sociais, visando buscar a realização de necessidades humanas reais. Há que se evitar o vício persistente de apresentar doutrinas e teorias jurídicas desligadas de suas condicionantes sociais e políticas, para que não apareçam como puras construções do espírito entre as quais é difícil escolher.

Não há como cultivar o direito, isolando-o da vida, que, em nossa época, caracteriza-se pela rápida mobilidade, determinada pelo progresso científico e tecnológico, pelo crescimento econômico e industrial, pelo influxo de novas concepções sociais e políticas e por modificações culturais. (AZEVEDO, 1996, p. 63-64)

No entanto, o ordenamento jurídico conserva formas, originárias dos séculos XVIII e XIX, que impedem a adequação do direito às aspirações sociais da atualidade. Como exemplos vivos em nossos tempos, cite-se o Código Civil Brasileiro, que veio a lume em 1916 e que deixa, em muitas situações concretas, a desejar, já que possui normas arcaicas, inaplicáveis na atualidade. Daí a necessidade de edição de leis extravagantes para atender aos anseios da sociedade. Outro exemplo normativo ultrapassado, mas ainda em vigor no Brasil, é a Lei de Falências e Concordadas adotada em 1945, criada na época visando, somente, à solução da situação dos credores. Hoje, diante do atual desenvolvimento da empresa e, em função de sua importância, tanto econômica como socialmente, não se pode conceber visão tão retrógrada.

Pelo que foi exposto, fica em evidência o papel do magistrado, maior intérprete da lei, na busca da realização da justiça.

Em tempos de constantes transformações políticas e ideológicas, em que países se agregam unindo economias, regimes absolutistas extinguem-se, nações liberam-se, pobreza, miséria e a fome espalham-se como uma verdadeira epidemia, violência invade lares, e a evolução tecnológica atinge patamares inimagináveis, o papel do magistrado é, sem sobra de dúvidas, difícil e árduo. A sociedade se transforma e o direito, necessariamente, deve acompanhá-la.

Hoje, a democracia não permite um judiciário apático e passivo. Exige um poder forte, atuante e voltado para a solução dos problemas que abraçam a nação.

Conforme AZEVEDO, (1996, p. 65):

“o jurista, visto como técnico a serviço de uma ordem jurídica dita neutra, em verdade é formado para ser o ordenador do poder instituído, seja ele qual for. Preparado para nada contestar, torna-se incapaz de colaborar de modo efetivo na construção da democracia, que passa necessariamente pelo adequado encaminhamento dos problemas suscitados pela justiça distributiva, reclamando agentes de pensamento aberto, habituados ao confronto e discussão de idéias contrárias, capazes de compreender o presente e planejar o futuro.”

Assim, faz-se mister o juiz estar preparado, jurídica e culturalmente, a fim de que, possa realmente interpretar a regra jurídica e aplicá-la em conformidade com os anseios da sociedade moderna. Para tanto, deve o magistrado procurar soluções nos quadros cultural, político, econômico, social e jurídico, desvestindo-se da couraça conservadorista da lei, sempre procurando alcançar soluções as mais próximas possíveis do que se chama justiça.

5 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA QUANDO REALIZADA EM DESCONFORMIDADE COM REALIDADE SOCIAL

A interpretação da norma jurídica em desconformidade com o bem comum, com a evolução cultural, ou ainda, em desacato à própria estrutura de um ordenamento jurídico geram injustiças, desigualdade social ou, no míni-

mo, situação de desrespeito em relação ao Judiciário.

Em excelente artigo intitulado “A Hermenêutica jurídica de Hans-George Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino” publicado no site do Conselho da Justiça Federal, Rodrigo Andreotti Musetti ensina que:

“A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, qual seja, a justiça. Se assim fosse, já teríamos computadores recolhendo os casos concretos e aplicando neles as leis pertinentes. A natureza e a realidade humana não podem ser tratadas como números ou fórmulas.”¹¹

E conclui o eminente jurista:

“Como nos ensinaram Hans-George Gadamer e São Tomás de Aquino, ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem — visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao bem comum. A lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei.

A lei pode não ser condizente com sua finalidade original, por ter sido elaborada de forma a não garantir o bem comum ou por sua desvirtuada aplicação e interpretação. À medida que a lei se afasta de sua finalidade original, que pode, muitas vezes, não ser a finalidade desejada pelo legislador, ela perde seu compromisso com o bem comum e, naturalmente, deixa de beneficiar a todos para beneficiar alguns. Tal lei, em per-

1 MUSSETI, Rodrigo Andreotti. *A Hermenêutica jurídica de Hans-george Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino.* <http://www.cjf.gov.br>

dendo sua identidade/sentido, não pode continuar a ser lei, devendo ser revogada.

Tanto a criação da lei como a sua aplicação devem visar ao bem comum. Se assim não for, a lei não estará cumprindo a sua finalidade.

Elaborar a lei para benefício da minoria é uma aberração. Aplicar e interpretar a lei sem visar ao bem comum é outra aberração”.

Exemplo de interpretação e aplicação da lei, em total desconsideração ao ordenamento jurídico e ao bem comum, foi protagonizado pela mais alta corte do país recentemente.

Coube ao ministro Relator, decidir, em caráter liminar, acerca de ação impetrada pela Associação dos Juízes Federais, visando a um aumento salarial para a categoria.

Para obtenção do objetivo, pleitearam, na referida ação, o repasse aos vencimentos dos ministros do valor pago aos deputados a título de auxílio moradia. Se tivessem êxito e o aumento aos ministros fosse definido, esse geraria um efeito cascata às demais instâncias da Justiça Federal.

Ocorre que a ação permaneceu no Supremo Tribunal Federal por cinco meses sem ser apreciado o pedido de liminar, fato que levou a categoria a convocar greve nacional. Tal greve, conforme prescreve a Constituição Federal Brasileira, é ilegal pelo fato de o juiz exercer atividade essencial.

Resolveu, então, o Relator do processo, conceder liminar para atribuir verdadeiro aumento salarial, interpretando a lei e aplicando-a de forma totalmente equivocada, viciada e política.

Sem se ater ao elemento político da concessão da referida liminar, pode-se

perceber, com clareza, que o relator do processo atropelou disposições legais, visando solucionar a questão. De acordo com o próprio ministro, a urgência e a relevância da decisão que tomou, decorreram da situação de greve. Posição, no mínimo, estranha, pois o relator se deixou convencer por um ato ilegal (greve), interpretando a lei em total desconformidade com o caso concreto e, por fim, aplicou-a concedendo uma liminar sem a existência de suas características fundamentais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

Nesse exemplo, a interpretação jurídica e a aplicação da lei foram inconseqüentes, arbitrárias e desrespeitosas ao próprio ordenamento jurídico, deixando o Supremo Tribunal Federal em situação de descrédito perante a sociedade. Essa Corte é exatamente aquela que tem a missão de defender a lei e, sobretudo, a Constituição Federal.

Não se pode interpretar uma norma jurídica visando a interesses contrários ao bem comum, sob pena de gerar arbitrariedade e, conseqüentemente, injustiças. A lei foi elaborada com o objetivo de estabelecer o benefício comum, não se admitindo, em hipótese alguma, interpretação que venha a satisfazer objetivos contrários à realização da justiça, expondo-se às conseqüências de ferir a democracia vivificada em nosso país.

Lembra a propósito PERELMAN (1996, p. 23) que: “*se o juiz viola regras de justiça concreta aceitas por ele, é injusto. Ele o é involuntariamente se seu julgamento resulta de uma representação inadequada dos fatos. Ele só o é voluntariamente quando viola as prescrições da justiça formal.*”

6

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O RESPEITO À NORMA LEGAL

O juiz, ao interpretar a lei, não pode ater-se a simpatia ou ojeriza às partes no que tange à sua classe social, nacionalidade, profissão, idéias políticas e religiosas. Deve, acima de tudo, procurar interpretar o direito sempre de forma objetiva, equilibrada, desapaixonante, respeitando a razão e, às vezes, usando de audácia.

O intérprete deve manter o raciocínio longe da paixão, pois ela o cega. Deve, sempre, procurar interpretar e aplicar a lei ao caso concreto de forma que objetive o bem comum, mas nunca, para isso, extrapolar o limite da própria norma jurídica.

Destaca . (MAXIMILIANO, 1994, p.103) que:

“Cumprir evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos”

Em acórdão do qual foi relator o eminente Ministro Oscar Corrêa, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular de próprio a regra de direito aplicável.

Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério”.

Segundo (MAXIMILIANO, 1994, p. 80) :

“Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender, porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe, não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie. Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais, interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (richtiges Recht), porém tudo procura achar e resolver com a lei, jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem.”

MAXIMILIANO, (1994, p.105), citando C.A. Reuterskioeld – Ueber Rechtsauslegung, 1889, p. 66, esbraveja lição que deve ficar integrada ao consciente do intérprete: “Esteja vigilante o magistrado, a fim de não sobrepor, sem o perceber, de boa fé, o seu parecer pessoal à consciência jurídica da coletividade; inspire-se no amor e zelo pela justiça, e “soerga o espírito até uma atmosfera serena onde o não ofusquem as nuvens das paixões.”

Pode-se concluir que a regra escrita nem sempre é justa, a não ser nos casos em que a diferença entre a lei e o fato são praticamente insignificantes. No entanto, abandonar o ordenamento jurídico, sob o pretexto de alcançar o ideal de justiça, somente levaria a um mal maior. Isso porque a vantagem precípua das codificações consiste na certeza e na estabilidade do Direito, pois afinal *“la vida de la comunidad humana exige una regularidad o, más bien dicho, una regulación que la haga posible, ordenada, perfectible, justa. Esto constituye el motor y el fin del derecho y es de una significación viva y permanente. .”* (GARAY, 1976).

7 CONCLUSÃO

Sendo a existência do ordenamento jurídico uma constante em qualquer sociedade, deverá, sempre e necessariamente, sujeitar-se a regras de interpretação jurídica visando conferir a aplicabilidade da norma legal às relações sociais que lhe deram origem, estender o sentido da norma às relações novas, inéditas ao tempo de sua criação, e temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir, em outras palavras, um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão, extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que nela se contém. (MAXIMILIANO, 1994, p. 9).

Tais finalidades perseguidas na interpretação jurídica precisam ser essencialmente cumpridas, objetivando o acom-

panhamento evolucionário do ordenamento jurídico com o desenvolvimento cultural, de modo que o afeiçoe às exigências e necessidades sociais.

Em evidência, hoje, o fenômeno da globalização, caracterizado pela intensa circulação de pessoas, bens, capitais e tecnologia pelas fronteiras, influenciando padrões culturais e trazendo, como conseqüências, problemas diversos que atingem todo o planeta, como a proteção dos direitos humanos, o desarmamento nuclear, o crescimento populacional e a poluição ambiental.

Os avanços na medicina como a evolução da engenharia genética, as experiências no campo da fecundidade, a reprodução humana assistida, a chamada barriga de “aluguel” e o banco de sêmen, são, indubitavelmente, novidades que trarão reflexos no âmbito do Direito. (SEBASTIÃO, 1998).

A união homossexual, atualmente, não constitui novidade, e sim, uma realidade em todo o mundo. Comprova-se tal alegação pelo exemplo adotado na França que, recentemente, legalizou a união homossexual – *Pacs* -, criando, assim, algumas vantagens para os companheiros homossexuais.

Nota-se também o agravamento de problemas tais como a pobreza e a fome generalizadas, o aumento da mortalidade infantil e o crescimento exacerbado da violência urbana.

Todas essas inovações e problemas sociais estão, sem dúvida alguma, umbilicalmente ligados ao Direito. Deve procurar o intérprete não ficar adstrito à letra morta e fria da lei. Há de sorver conhecimentos diversos ligados não só à ciência jurídica, como os relacionados às mudanças sociais, tecnológicas

e políticas, enfim, todo o conhecimento inerente à realização do árduo ofício do juiz: a busca da justiça.

Conforme assevera AZEVEDO (1996, p. 146.) é bem verdade que:

“não existe nada indolor na interpretação e aplicação do direito. Por isto, faz-se necessário ir além, em direção à outra lógica, atinente aos raciocínios dialéticos ou retóricos, que não conduzem às verdades apodícticas, mas ensinam o jurista a conviver com a controvérsia, levando-o ao terreno do verossímil, do provável, de uma aproximação maior ou menor da verdade.”

MAXIMILIANO (1994, citando Ludwing Enneccerus. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1921), assegura que: *“interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando;*

é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.”

É necessário interpretar a lei evitando, sempre que possível, sua rigidez natural e positivismo, sem, no entanto, ir contra ao que nela foi estabelecido, tendo em vista assegurar o bem comum e atenuar as injustiças sociais, evitando, assim, decisões arbitrárias e sem sentido, que além de desprestigiar o judiciário, vão contra a natureza do objetivo da lei, qual seja, o prestígio e amparo do bem comum.

Somente agindo assim, estará o intérprete exercendo o seu papel sem, todavia, alterar o espírito da lei, pois, afinal *“a justiça é uma necessidade de todos e de cada instante; e assim como deve exigir o respeito, deve inspirar confiança”*. (MIRABEAU. *Discours Sur L'organisation Judiciaire*). ■

referências bibliográficas

- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira, ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apontamentos de metodologia para ciência e técnicas de redação científica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes. Tradução por Maria Ermantina Galvão G. Pereira, 1966
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GARAY, Luis de. *Que es el derecho?* México: Editorial Jus, 1976.
- GUTIÉRREZ, Eustaquio Galán Y. *Filosofía da politica Sto. Tomas de Aquino*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.
- MENEZES, Djacir. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora Ltda., 1952.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MUSSETI, Rodrigo Andreotti. *A Hermenêutica jurídica de Hans-george Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino*. <http://www.cjf.gov.br>.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil Criminal e Ética*. Belo Horizonte: Del Rey , 1998.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Juiz*. Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ANTINOMIAS DA ORDEM ECONÔMICA

ANÁLISE DE CASOS DE CONFLITOS NORMATIVOS NO TÍTULO VII DA CONSTITUIÇÃO



Alexandre Walmott Borges *

sumário

- | | |
|--|---|
| 01. Introdução | 05. Ilustração de antinomias na ordem econômica |
| 02. As antinomias | 06. Considerações finais |
| 03. As antinomias e a nova colocação do problema | 07. Referências bibliográficas. |
| 04. A identidade normativa da ordem econômica | |

resumo

O texto aborda as antinomias da Ordem Econômica da Constituição brasileira. Traz os conceitos de antinomias jurídicas e os critérios e padrões para a sua solução. Apresenta casuística de antinomias da Ordem Econômica.

Palavras-Chave: Antinomias, Ordem econômica, Soluções.

1 INTRODUÇÃO

Apresentamos ao leitor um artigo sobre as antinomias presentes no Título VII da Constituição Brasileira. O texto traz os conceitos básicos das antinomias jurídicas e as formas de solução de conflitos normativos.

1. Abordagem preliminar: sistema jurídico e seus elementos componentes ou integrantes.

O trabalho parte da idéia de que o sistema jurídico deve apresentar coerência entre os seus elementos. Usamos definir que o sistema jurídico seria composto de três elementos: valores, normas, e elementos não-normativos. O primeiro

é o elemento integrante do sistema; os dois últimos os componentes. As normas jurídicas constituem os elementos componentes de identidade do sistema jurídico. A natureza do sistema é bem traduzida da seguinte maneira: tomando a sociedade como sistema global, integrado por vários outros sub-sistemas (por exemplo: Direito, economia, religião), a função específica do sub-sistema Direito seria a regulação dos comportamentos humanos por normas jurídicas.

As normas jurídicas comportam, por sua vez, uma dupla classificação: princípios e regras. A classificação parte de uma diferença qualitativa e de hierarquia entre as normas. Algumas normas – de mais alto escalão - apresentariam a qua-

* Alexandre Walmott Borges, Advogado, Doutorando do CPGD-UFSC. Professor da Universidade de Uberaba e do Centro Universitário do Triângulo UNIT.

lidade de estruturas do Direito – são os princípios. Outras – de menor escalão – tornam concretos os comandos genéricos estabelecidos nas normas de escalão superior – são as regras. Ainda, sobre os princípios, convém acrescentar que a sua natureza peculiar decorre de uma superioridade axiológica. Os princípios cristalizam os valores superiores da ordem jurídica. Refletem, em decorrência de sua superioridade axiológica, toda a dimensão de ideologias atuantes no seio da sociedade.

Os valores, elencados como elementos do sistema jurídico, não têm a mesma natureza das normas. São os elementos que auxiliam na determinação dos padrões de interpretação de normas. A normas ocupam posição orbital em relação aos valores. Aí podemos considerar que os valores não são propriamente componentes, mas sim, integrantes do sistema. A sua importância para o operador é explicada pelo fato do Direito apresentar-se como sistema aberto, aceitando transformações e atualizações em consonância com as mudanças em sistemas paralelos (novamente citamos a economia, a religião).

Os elementos não-normativos do sistema servem como indicadores textuais dos principais valores e ideologias influenciadores da ordem jurídica. É notável a sua importância como peças de apoio em metodologias de interpretação his-

tóricas ou histórico-evolutivas. É bem representado pelo papel dos preâmbulos, verdadeiros retratos textuais das motivações e influências do Constituinte ¹.

Utilizando as lições de (CANOTILHO, 1998) é necessário diferenciar a disposição (ou texto) da norma. O texto é enunciado lingüístico carente de interpretação. Após o trabalho de interpretação surge a norma como comunicador, sob a forma de proposição, prescrevendo condutas ou comportamentos (FERRAZ JÚNIOR, 1994). A classificação que decorre da diferença entre disposição ou texto (que abaixo indicaremos por t) da norma (que abaixo indicaremos por h) é de grande valia para a ordenação dos elementos do sistema (valores, normas e elementos não-normativos):

a) Os elementos não-normativos são textos que não apresentam a natureza de norma (preâmbulos, ementas). $t = \text{sem correspondência normativa } h; t = ?$.

b) As normas podem apresentar várias situações. Um texto pode corresponder a uma norma ($t = h$) ². Um texto pode corresponder a várias normas ($t = h1+h2+h3$)... ³. Uma norma pode existir sem texto ($h = ?$) ⁴.

c) E, finalmente, os valores que não estão dispostos em textos (t) e não aparecem como normas (h) mas influenciaram tanto a interpretação textual como a definição do padrão de normatividade. t e h (na dependência dos valores).

1 As exposições de motivos e ementas, no caso da legislação infra-constitucional, têm o mesmo papel dos preâmbulos. Estes têm a magnitude constitucional que os outros não apresentam.

2 Código penal, artigo 121. Matar alguém. Correspondência entre texto e norma.

3 Inciso XL, artigo 5º da Constituição. A lei penal não retroagirá (*norma geral*), salvo para beneficiar o réu (*norma especial*). Duas normas no mesmo texto.

4 Os princípios implícitos no ordenamento. O princípio da razoabilidade não encontra expressão em nenhum texto de maneira expressa.

2

AS ANTINOMIAS CONCEITOS CENTRAIS

As normas do sistema não podem coexistir em situação de incompatibilidade. A própria utilização da expressão sistema implica que os seus elementos – integrantes e componentes – respeitem a idéia de coerência e unidade (FREITAS, 1996). Três situações definem uma situação de incompatibilidade entre normas, descortinando um quadro de conflito entre componentes do sistema (BOBBIO, 1997):

- a) entre norma que ordena fazer e outra norma que proíbe fazer;
- b) entre norma que ordena fazer e outra que permite não fazer;
- c) entre norma que proíbe fazer e outra norma que permite fazer.

As antinomias existem, entre normas nas situações de incompatibilidade acima descritas, e pertencentes ao mesmo ordenamento; com o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e material⁵. Os critérios para a solução dos conflitos normativos dessa natureza podem ser resumidos em (BOBBIO, 1997):

a) Critério cronológico. Entre duas normas incompatíveis, uma sendo anterior (ha), a outra posterior (hp), prevalece a posterior – *lei posterior revoga a anterior*. (ha) x (hp) = **(hp)**.

b) Critério hierárquico. Entre duas normas incompatíveis, uma sendo superior (hj), a outra inferior (hg), prevalece a superior. (hj) x (hg) = **(hj)**.

c) Critério da especialidade. Entre duas normas incompatíveis, uma sendo geral (hd), a outra especial (he), preva-

lece, tendencialmente, a especial. (hd) x (he) = **(he)**.

Os conflitos podem resultar na insuficiência dos critérios. Ou mesmo em aplicação simultânea dos vários critérios. Essas espécies de conflitos são chamadas antinomias reais ou insolúveis. Segundo BOBBIO (1997), a primeira categoria desses conflitos surge quando as duas normas conflitantes são *contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais*. Ao intérprete (ou aplicador) restariam três alternativas:

- a) eliminar uma das normas (no trabalho de interpretação ab-rogante);
- b) eliminar as duas normas;
- c) conservar as duas (no trabalho de adequação ao sistema)

A segunda categoria de conflitos ocorre quando os critérios, eles próprios, entram em conflito:

a) Choque entre os critérios hierárquico e cronológico. Conflito entre norma anterior superior (haj) e norma posterior inferior (hpg), prevalecendo a anterior superior (e o critério da hierarquia). (haj) x (hpg) = **(haj)**.

b) Choque entre os critérios cronológico e da especialidade. Conflito entre norma anterior especial (hae) e norma posterior geral (hpd), prevalecendo a anterior especial (e o critério da especialidade). (hae) x (hpd) = **(had)**.

c) Choque entre os critérios hierárquico e da especialidade. Conflito entre norma superior geral (hjd) e norma inferior especial (hge), prevalecendo uma ponderação para cada caso concreto, em busca da solução justa. (hjd) x (hge) = ?.

O horizonte de antinomias trabalhado por Bobbio encontra limitações no tratamento dado aos problemas suscitados

5 As antinomias podem ser de vários tipos: Podem ser antinomias: a) total x total; b) parcial x parcial; c) total x parcial

nas incompatibilidades entre valores, elementos não-normativos e mesmo nas antinomias normativas de princípios. BOBBIO, (1997), elenca três outros significados de antinomias, catalogados como antinomias impróprias:

a) As antinomias de princípio. Quando o conflito está instalado na espécie normativa princípio.

b) As antinomias de avaliação. Quando há uma incompatibilidade entre a proteção dada a bens jurídicos de menor valor e aqueles que mereceriam maior proteção, não têm a mesma tutela.

c) As antinomias teleológicas. Em que está presente uma contradição entre normas finalísticas ou programáticas e as normas de concretização – inferiores – dos comandos superiores.

É possível afirmar que os conflitos chamados antinomias impróprias e as respostas insuficientes dadas a alguns conflitos nas lições de BOBBIO, (1997) levam a discussão sobre as antinomias para um segundo patamar. Nesse segundo patamar, todos os conflitos são definidos como desarmonias axio-principiológicas que precisam ser resolvidas para atingir a unidade, a coerência e, com muita importância, a natureza teleológica do ordenamento (FREITAS, 1996).

3

AS ANTINOMIAS E A NOVA COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.

O sistema deve encontrar uma raiz finalística e de valores que permita harmonizar valores, elementos não-normativos e normas (nestas últimas, especialmente os princípios). A hierarquia é a peça chave para a organização sistemática. Não uma hierarquia baseada exclusi-

vamente em disposições formais e sim em disposição material (em função de uma escala de valores). A síntese dessa nova abordagem é que todo o conflito normativo encontra a sua solução no critério hierárquico – que torna-se um meta-critério de solução (FREITAS, 1996). A aparente insegurança no caso dos conflitos entre normas conflitantes que são *contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais* é resolvido da seguinte forma: prevalecerá sempre a decisão escorada em valores superiores. Em resumo: os princípios superiores, que cristalizarem os valores de maior adequação e peso para o caso, prevalecerão. O conflito aparente entre norma geral (hd) e norma especial (he), na verdade, é a preponderância de um princípio e valor superiores. Entre (hd) x (he) = **(he)**. E por quê (he)? Por que, consagrando a norma especial, está preponderando o princípio da igualdade e o valor maior da justiça. O mesmo para o choque entre os critérios cronológico e da especialidade. O conflito entre norma anterior especial (hae) e norma posterior geral (hpd) é a prevalência dos princípios e valores superiores – consagrados na norma anterior especial (hae). O anteriormente insolúvel choque entre os critérios hierárquico e da especialidade, entre norma superior geral (hjd) e norma inferior especial (hge), é resolvido da seguinte maneira: prevalecerá a norma superior geral (hjd) ou norma inferior especial (hge), aquela que concretizar a decisão mais justa e adequada aos princípios. As antinomias aparentes, especialmente as de princípio, são aquelas que exigem do intérprete-aplicador a maior concentração em problemas finalísticos, valorativos e de co-

erência. Nessa ocorrência terá que harmonizar normas de alto escalão buscando referências nos valores integrantes do sistema.

4

A IDENTIDADE NORMATIVA DA ORDEM ECONÔMICA

A interpretação adequada das antinomias da Ordem Econômica deve levar em conta o caráter compromissório da Constituição brasileira. A Constituição foi elaborada por Assembléia Constituinte em que o confronto para a produção de normas era um embate complexo entre grupos, concepções, ideologias, interesses e influências classistas (BARROSO, 1999). Poderiam ser ilustrados alguns conflitos:

a) Forças do antigo regime ditatorial militar e forças da redemocratização. A classificação é bastante imprecisa. Resume-se nas tentativas de evitar a consagração de normas que representassem rupturas abruptas no processo de transição lenta, negociada e segura da ditadura à democracia. A definição das forças de redemocratização englobaria grupos conservadoras democráticos, dissidentes do regime militar e setores progressistas de esquerda.

b) Choque entre concepções de social-democracia e neoliberalismo. O momento em que a Constituição foi produzida era o da insurgência de modelos neoliberais, crise do modelo da social-democracia e ocaso das democracias populares (ou socialismo real). As diversas concepções acabaram refletindo nas normas da Ordem Econômica: na definição da margem de ação do Estado e dos agentes privados no domínio econômico. Dentro desse choque podem ser

englobados outros conflitos sobre a ampliação de Direitos Sociais, da estrutura normativa da Ordem Social e Ordem Tributária e Financeira.

c) Choque entre as representações populares e setores da direita no espectro ideológico. Os setores populares, representados por uma miríade de movimentos sociais, lutaram ao longo do processo constituinte por modificações e ampliações de Direitos Individuais, Coletivos, Sociais e Políticos. Além de uma maior participação direta nos instrumentos de Organização dos Poderes e de eficácia e controle de constitucionalidade. A direita lutou pela manutenção de uma estrutura clássica de Constituição, limitando os Direitos Sociais, restringindo o controle popular direto na organização dos Poderes e de eficácia e controle constitucional.

O conceito tradicional de Constituição compromissória ou pactuada remonta ao período final do absolutismo – séculos XVIII e XIX (BONAVIDES, 1999). O choque entre o monarca e os setores influentes da aristocracia ou insurgente burguesia pelo poder. O texto de tais Constituições representa um pacto normativo, com cada parte transigindo em favor de alguns interesses alheios. Na realidade de Constituições como a brasileira, em sociedades plurais do século XX, o caráter compromissório reflete no texto constitucional. O texto de Constituições compromissórias apresenta um caráter fragmentado e de coordenadas genéricas. Na Constituição brasileira é constante a presença de normas princípio apresentando lacunas. O conceito de lacunas merece uma breve articulação de idéias. Há um primeiro tipo de lacunas chamadas ideológicas. Carac-

terizam-se pela projeção de uma normatividade desejada (justa) que não está presente no sistema de normas vigentes. Outro tipo de lacunas são as chamadas subjetivas voluntárias. Caracterizam-se pelo legislador, intencionalmente, produzir normas demasiado genéricas (BOBBIO, 1997; FERRAZ, 1994). Em processos constituintes como o brasileiro, em que os grupos não conseguem a expressão completa de seus interesses, a constatação de lacunas ideológicas torna-se comum. Quanto aos desdobramentos das lacunas subjetivas voluntárias, o texto constitucional apresenta-os em vários casos. No que toca à Ordem Econômica, as normas definidoras de situações econômicas programadas apresentam o caráter genérico, remetendo a concretização ao legislador infra-constitucional, como exemplo: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (no artigo 3º, I da Constituição). Os grupos em confronto inserem, no corpo constitucional, disposições que consagram valores conflitantes: valores sociais do trabalho e livre iniciativa (no artigo 1º, IV da Constituição).

5

ILUSTRAÇÃO DE ANTINOMIAS NA ORDEM ECONÔMICA

É necessária uma adequação, acima vimos, entre os valores, elementos não-normativos e normas do sistema jurídico (e, por conseqüência, do sistema constitucional e da Ordem Econômica). A discussão e ilustração das antinomias na Ordem Econômica deve levar em consideração os pontos centrais da interpretação sistemática da Constituição:

a) Tomada da Constituição como

todo unitário. A interpretação ótima é aquela que favorece os critérios que colaborem com a integração e unidade da Constituição. A pluralidade deve ser conquistada na coesão (CANOTILHO, 1998; MIRANDA, 1988).

b) A interpretação deve realizar uma hierarquização de valores sempre atendendo aos fins superiores do ordenamento, aceitando oposições, superando contradições pela harmonização axiológica e preponderância dos princípios e valores estruturantes do sistema (FREITAS, 1996).

c) A interpretação deve solucionar antinomias. Antinomias são incompatibilidades instauradas entre normas, elementos não-normativos e valores. Devem ser vencidas para alcançar a unidade e coerência do sistema.

5.1. O preâmbulo e a solução de antinomias. Embora não apresente a natureza normativa, o preâmbulo é a consagração textual de valores norteadores da ação do Constituinte e do momento histórico de elaboração da Constituição. Os seus reflexos na interpretação são marcantes:

a) *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático.* É o anúncio de que a Constituição brasileira é classificada como constituição democrática. De produção de uma ANC de representantes eleitos pelo povo. Fica patente a idéia de que o Estado pré 88 era um Estado autoritário. A Constituição se coloca a tarefa de instituição de um Estado Democrático. É interessante a natureza programática de *instituir um Estado Democrático*. Coloca ao intérprete a natureza es-

pecífica de democracia do ordenamento. Não é uma democracia em sentido formal, limitada à consagração de Direitos Políticos estáticos. A idéia é a de um constante avanço para a realização plena da pessoa, alcançando a igualdade democrática. A promulgação é o ato primeiro, de superação do passado autoritário e, a partir desse momento, o constante aprimorar em busca de uma elevação quantitativa da democracia.

b) *Para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar os Direitos Sociais e individuais, (...), o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.* A gênese constitucional indica a preocupação com a construção de um Estado de Bem-Estar. Alia Direitos Individuais e Sociais, no recorte típico de Democracia Social (GOULART, 1995). O desenvolvimento envolve a idéia, elaborada ao longo do século, de um Estado conformador da economia que busca atingir patamares mais elevados de vida humana. O Estado brasileiro, ativo na economia e políticas sociais, programa a superação do estágio de subdesenvolvimento em busca de condições ótimas de desenvolvimento. A conciliação entre Direitos Sociais, Individuais, bem-estar e o desenvolvimento rechaçam o antigo Estado Autoritário-Social do período militar.

c) *De uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...).* O preâmbulo retrata o espaço mítico reservado à Constituição. Os conflitos que marcam a sociedade brasileira, em busca de igualdade e justiça, devem ser afastados de outros espaços de confronto para o plano normativo constitucional (harmonia e fraternidade construídas a partir do plano normativo constitucional – especial-

mente normas programadas). A tarefa colocada pelo Constituinte é que a Constituição é o espaço para absorção das tensões da sociedade e, ao mesmo tempo, o projeto de transformação que trará a coesão. Esse deslocamento de tensões gera, inegável, uma sobrecarga no plano constitucional. Essa sobrecarga terá reflexos nas antinomias de avaliação e teleológicas que marcam a Ordem Econômica.

5.2. Antinomias no plano normativo. As normas da Ordem Econômica podem apresentar uma série de antinomias que precisam ser enfrentadas:

a) Ilustração de antinomias de princípios. Ao defrontar-se com normas princípio de estatura constitucional a incumbência do intérprete, ressaltamos outra vez, é harmonizar os dispositivos em conflito aparente. Nenhuma das regras tradicionais de solução de antinomias é aplicável nessa espécie de conflito. O intérprete terá que se valer de uma nova interpretação sistemática para a sua solução.

a.a) Artigo 170 – *fundada na valorização do trabalho humano e livre iniciativa.* Dois elementos contapostos no sistema capitalista. Livre iniciativa supõe a plena liberdade de contratação e afasta a idéia de que o trabalho (o contrato de trabalho) possa ter tratamento diferenciado. A idéia chave do liberalismo é a livre iniciativa. A valorização do trabalho é a idéia chave do socialismo. A interpretação adequada deve levar em conta a natureza social-democrática do Estado brasileiro. A democracia social mantém a estrutura básica do sistema capitalista – liberdade de contratar e empreender – com preocupações de bem-estar com o trabalhador.

a.b) Artigo 170, incisos IV e IX – *livre concorrência e tratamento favore-*

cido para as empresas de pequeno porte. À livre concorrência repugna qualquer ingerência estatal na ação do agentes privados no mercado. O tratamento favorecido para determinados agentes é antinômico. É como se estivesse colocado no inciso IV: é proibido favorecer alguns agentes privados; no inciso IX: é obrigatório dar tratamento favorecido a alguns. A solução será baseada em princípio maior – a igualdade – e no valor de justiça e tratamento isonômico. Para que haja, efetivamente, livre concorrência é necessária a ação estatal em defesa da empresa de pequeno porte. A livre ação dos agentes privados é contrária ao valor textualmente consagrado do Estado encarregado do desenvolvimento (no preâmbulo e no artigo 3º, II). Hão de preponderar estes últimos valores – no processo de hierarquização axio-principlológica.

b) Ilustração de antinomia de avaliação. A situação de incompatibilidade entre a proteção dada a bens jurídicos de menor valor e aqueles que mereceriam maior proteção. É idéia nuclear da Constituição a ação estatal na economia e a promoção de políticas sociais. O Estado brasileiro é promotor de bens e produtos de consumo social, reorganizador da estrutura social e ativo na economia. Essa natureza requer uma ação global planejada. É a função estatal do planejamento. A Constituição coloca o Estado como interventor na economia – *defesa do consumidor*⁶, *defesa do meio-ambiente*⁷ *titular de serviços públicos*⁸, *explorador*

de atividades econômicas, *reductor das desigualdades regionais e sociais*⁹ e *garantidor do desenvolvimento nacional*¹⁰ (artigo 3º, II). Com tantos encargos espera-se maior cuidado na função planejamento, para a boa execução desse leque de políticas públicas. O planejamento está limitado, todavia, ao artigo 174 (e seu parágrafo). É tutela de pouco destaque para instrumento de tanta importância na promoção de políticas públicas. Cumpre ao hermenêuta dar o destaque à função planejamento para que haja um equilíbrio no corpo constitucional. Articulará a função planejamento com as normas do Título VI – Ordem Tributária e Finanças Públicas – da disciplina orçamentária, realçando a sua posição no sistema.

c) Ilustração de antinomias teleológicas. O descompasso entre norma que prescreve um fim, e norma que prescreve os meios para alcançar o mesmo fim está presente no inciso VII do artigo 170: *busca do pleno emprego*. O confronto está estabelecido entre a norma constitucional e as normas produzidas pelo legislador, administrador e agentes políticos nos últimos anos. O desemprego apresentou recrudescimento nos últimos anos pela política econômica adotada. Em tal quadro o aplicador do Direito deve buscar dentro do sistema valores que permitam conferir a máxima eficácia ao dispositivo constitucional. A eficácia da norma será aferida pela realidade do sistema econômico que ela pretende regular. O desemprego é um dado estrutural

6 Artigo 170 V

7 Artigo 170, VI

8 artigo 173

9 artigo 170, VII

10 Artigo 3º, II

do sistema econômico capitalista. No caso brasileiro, acentuado, na conjuntura, pela política econômica. Para alcançar os resultados queridos pelo sistema normativo impõe uma guinada na política econômica para a sua adequação ao plano finalístico constitucional (já que a Constituição apresenta uma normatividade genérica, com ampla margem dada à ação do legislador, administrador e agentes políticos na definição dos instrumentos e espécie de política econômica). Uma segunda consideração sobre a norma do pleno emprego. A máxima eficácia, como acima mencionado, obedece aos contornos do sistema econômico por ela regulado (caso contrário, há o risco de haver uma normatividade regulando o impossível). Com o desemprego como dado da realidade, o intérprete deve, para realizar os valores constitucionais, valer-se do plano normativo que orbita no valor segurança social. Atenderá aos fins do sistema na máxima atenção às normas do seguro-desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço¹¹ e da assistência social¹²

d) Ilustração de antinomias tradicionais. A solução de antinomias instauradas entre a norma constitucional e normas de escalão inferior devem ser sempre resolvidas com a preponderância do critério hierárquico.

d.a) O conflito entre as disposições sobre a propriedade do Código Civil e da Constituição. Preponderam os valores consagrados nos princípios constitucionais¹³ sobre legislação ordinária (norma superi-

or sobre a norma inferior). A propriedade deve atender à sua função social.

d.b) O conflito sobre a aplicação da legislação de defesa do consumidor nos serviços públicos. Há argumento que se levanta contra a submissão dos serviços públicos do setor empresarial à legislação consumerista. O concessionário do serviço público empresarial obedece a legislação própria – *lex specialis*. Havendo lei especial, derroga a lei geral que é o CDC. Eis algumas considerações sobre o assunto: a regra de solução de antinomias é lei especial revoga a lei geral nas situações especiais por ela destacada. Uma interpretação deve levar em conta os valores (consagrados nos princípios constitucionais). Lei especial prevalece sobre Lei Geral desde que não haja princípio superior prevalecente (FREITAS, 1996). A Ordem Econômica coloca a defesa do consumidor em grau de princípio¹⁴ que informa, inclusive, os serviços¹⁵. Conclusão: a legislação consumerista, a despeito da existência de leis especiais, aplica-se, por força dos princípios, aos serviços públicos empresariais.

6

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O problema das antinomias é acentuado em Constituições compromissórias e no plano de normas de regulação da economia como a Ordem Econômica. O intérprete deve contar com os seguintes critérios para a sua solução:

11 Artigo 7º

12 Artigo 203.

13 artigo 5º e 170

14 artigo 170, V

15 públicos (artigo 175)

- o sistema deve ser a captação racional da adequação de conexões de valores jurídicos;
- é fundamental que o jurista realize uma interpretação ponderada para encontrar os valores básicos informadores da Ordem Econômica;
- o sistema e a Ordem Econômica guardam uma conexão orgânica de valores;
- o Direito deve ser concebido como todo coerente;

- é a escolha de valores que determina a construção do sistema e a construção da Ordem normativa da economia;
- depois de interpretar e realizar a opção dos valores, o jurista compreenderá o sistema como algo orgânico e coerente (solucionando as antinomias);
- é o jurista que vai realizar a opção dos valores, colocando-os afinados, em construção hierarquizada. ■

referências bibliográficas

- BARROSO, Pêrsio Henrique. *Constituinte e Constituição*. Participação popular e eficácia constitucional. Curitiba: Juruá, 1999.
- BESTER, Gisela. *Cadernos de Direito Constitucional*. parte 1 – teoria constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard university press, 1997.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GOULART, Clovis de Souto. *Formas e sistemas de governo*. Uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, CPGD-UFSC, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Tomo II.



A SÚMULA 377 DO STF COMUNHÃO DOS AQUESTOS

Aélio Paropat Souza *

sumário

01. Administração Pública
01. Regime de bens legais.
02. O artigo 259 –CCB.

03. A Súmula do STF.
04. Conclusão
05. Referências Bibliográficas.

resumo

O texto implica no exame e aplicação da súmula 377 do STF, demonstrando a aceitação e rejeição dos termos de seu enunciado, bem como a evolução de sua interpretação até a atualidade, com o exame doutrinário e jurisprudência a ela referente. Anota, ainda, sua rejeição no Projeto do CCB em tramitação no Congresso.

Palavras-Chave: Súmula nº 377 do STF – Direito de Família – Aquestos – S. 377 STF – Interpretação Sumular – Jurisprudência – Atualização Sumular – Projeto de Lei nº 118, de 1984.

1

REGIME DE BENS LEGAIS

As relações patrimoniais no casamento, em princípio, se regem pelo conteúdo da liberdade plena de escolha aos nubentes, entre aqueles previstos em lei, inclusive existindo pactos antenupciais “que se transformam em verdadeiros mosaicos dos vários regimes matrimoniais contemplados em lei”. MONTEIRO (1979 p. 176).

Porém, dos deles são definidos como **regimes de bens legais** porque, em determinadas situações, perdem a facultatividade a eles inerentes, para se transformarem em **regimes obrigatórios**, então designados **legais**: - (1) aquele que a lei manda aplicar no silêncio dos nubentes, ou no caso de nulidade do pacto antenupcial celebrado (art. 258 “caput” – CCB), que é o regime da comunhão parcial, e, (2) aquele outro im-

posto a determinadas pessoas, sob determinadas circunstâncias (art. 258 § único – CCB), com exceção prevista no art. 45 da Lei do Divórcio), que é o regime da separação legal.

Como se vê, no primeiro caso, se tem que a norma legal implica um caráter **supletivo**, pois só vigora na ausência do pacto nupcial ou da sua nulidade. Daí porque pode-se entender que a ausência do pacto resultaria da **escolha** dos nubentes pelo regime dito **oficial**.

Assim, se para adotar o regime da comunhão parcial, não há necessidade do pacto antenupcial, em face porém das regras atinentes a esse regime, haverá no entanto conveniência dos nubentes, em caso de valiosos bens móveis e mesmo para absoluta definição quanto aos imóveis, que haja uma declaração pública desses bens se pretender que tais bens, ou o resultado de suas vendas durante

* Aélío Paropat Souza, Doutor em Direito pela UFMG

o casamento, não participarão do patrimônio do casal.

Na situação seguinte, entretanto, poderá ou não ocorrer a sobrevivência da vontade das partes quanto ao regime escolhido e definido no pacto antenupcial, face a nulidade nele apresentada. Assim, observe-se que, se a nulidade atingir parcialmente o pacto, como no caso de uma “cláusula prejudicial aos direitos conjugais, ou que contravenha disposição imperativa da lei. Tal cláusula ter-se-á por não escrita”, mantidos os demais termos do pacto, e, quando se tratar de nulidade total do pacto, “não há o fato concludente indutivo do acordo, mas ao contrário, declaração expressa de preferência por outro regime, ainda que nula. Nessa hipótese prevalece a vontade do legislador; a lei intervém, por ‘decisão imperativa’; o regime será, nessa hipótese, um efeito legal do casamento” GOMES (1997, p. 167).

Com referência ao segundo regime legal, do art. 258 § único – CCB, convém observar que, malgrado toda discussão doutrinária a respeito do caráter que possuam suas quatro hipóteses, a única posição aceitável é aquela que entende haver um caráter exclusivamente **punitivo** para a situação prevista no inciso I – “Das pessoas que o celebrarem com infração do instituído no art. 183, ns. XI a XVI (art. 216)” -, nada mais fazendo do que repetir a Disposição Penal do art. 226 “caput” – CCB, pois se referem à **infração**. Por sua vez, quanto aos demais incisos, o que se configura são “apenas **medidas cautelares**, aliás nem sempre justificadas” (Antonio Chaves – “Tratado de Direito Civil”, edit. RT, 1991, 2ª e., vol. 5, tomo I, pág. 488), mais adiante, concluindo esse autor que

– “Essas cautelas, de modo geral são justas, mas na prática nem sempre dão resultados visados, pois muitas vezes as conseqüências são danosas para as pessoas que a lei visa proteger” (idem, *ibidem*, pág. 490).

Quando a exceção criada sobre o inciso II desse artigo – “Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos” -, foi ela, sem dúvida, um avanço jurídico sobre a situação: “quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28.06.1977, que haja perdurado por dez anos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se aplicando o disposto no art. 258, parágrafo único, n. II, do Código Civil” (art. 45 da Lei 6.515/77 – LD). A preocupação quanto ao casamento das pessoas com tais idades é antiga, já em Roma se noticiando uma lei, do ano 9 d. C (“lex Papia Poppaea nuptialis”), que proibia tais casamentos, em nome da reforma dos costumes e dos institutos familiares, desenvolvida pelas assembleias populares. (Mário Bretonne, 1990, pp. 167 e 182)

Para nós, durante o período das Ordenações, o casamento era autorizado, mas com proibição parcial da venda de bens (duas partes dos bens que possuísse a mulher com mais de 50 anos ao se remaridar), regra que não existia para os homens. RODRIGUES, (1994, p. 163. E nosso Código, ampliou para incluir os homens nesse controle, bem como impondo o casamento ao regime de separação de bens legal. Vê-se logo que a preocupação básica diz respeito à boa fortuna do(s) nubente(s).

A exceção, conforme anota RODRIGUES (1978, p. 195), “*se inspi-*

ra na equidade pois ela considera o caso particular de um casamento em peculiares condições e edita regra excepcional, tendo em vista exatamente a justiça desse caso especial”

Finalmente, há de se mencionar uma situação não aceita pelo criador do nosso Código Civil, que intervém na vontade daqueles que pretendem casar-se sob o regime da separação de bens. Assim, quanto ao regime da separação convencional (art. 276-CCB), se tem que, por força do art. 259-CCB, só se dará de forma absoluta, pura ou ilimitada, quando no pacto antenupcial houver cláusula **expressa** subtraindo os aqüestos ao regime pois, não a havendo, essa forma de separação se confunde com o regime da comunhão parcial, e será então sob a forma de separação relativa, circunscrita aos bens presentes, desde que os futuros se comunicarão, isso de forma **obrigatória**, configurando mais uma forma de regime de bens legal.

Cabe aqui a advertência de que, mesmo na separação convencional absoluta, pode-se dar a partilha de bens durante o matrimônio; Isso, sem ferir o princípio da irrevogabilidade do regime de bens (art. 230-CCB). E a razão é simples: tal partilha se origina fora do regime de bens matrimonial, buscando sua justificativa na existência de uma sociedade de fato (art. 1.363-CCB), portanto, fora do campo do Direito de Família, e sim naquele do Direito Obrigacional, mais precisamente, no Direito Societário. Assim, no Resp. n.º 30.513 – MG, julgado em 26.04.94, rel. Min. Eduardo Ribeiro, cujo casal cuidara de, no pacto antenupcial, excluir de forma expressa o efeito do art. 259 -CCB. A ementa:-

“Casamento - Separação de bens

convencional - Sociedade de Fato. A circunstância de os cônjuges haverem pactuado, como regime de bens, o da separação não impede que se unam, em empreendimento estranho ao casamento. Isso ocorrendo, poderá caracterizar-se a sociedade de fato, admitindo-se sua dissolução, com a conseqüente partilha de bens. O que não se há de reconhecer é a existência de tal sociedade, apenas em virtude da vida em comum, com o atendimento dos deveres que decorram da existência do consórcio” (RSTJ 601255 e RT 710/174).

Cumpra, então, o exame do art. 259 – CCB, o que se faz a seguir.

2

O ARTIGO 259 – CCB

Segundo o criador do Código, não havia disposição semelhante na legislação anterior, sendo esta reprodução do art. 1.125 do CC português, de 1847 (o atual não reproduz tal regra) e, nem o autor do nosso Código a incluiu, porque contrário a essa posição, tendo ele se originado da emenda apresentada pelo deputado Anísio de Abreu.

BEVILÁQUA (1976, p. 647), entendia que *“se os cônjuges estipulam regime exclusivo da separação, o que se deve supor é que não a querem, para os bens que, de futuro, lhe vierem”*.

RODRIGUES, (1994, p. 165) critica a regra, observando que com sua aplicação ocorreria “o seguinte absurdo: embora os nubentes hajam declarado, no pacto antenupcial, que escolhem o regime da separação de bens, na realidade estarão se casando pelo regime da comunhão parcial, a menos que reiterem que também os adquiridos não se comu-

nicam. Portanto, na escolha do regime da separação absoluta se faz mister duas declarações: que os nubentes escolhem o regime da separação de bens; e que os bens aqüestos também não se comunicarão. Tal regra, que surge como um alçapão posto pela lei para ludibriar a boa fé dos nubentes e conduzi-los a um regime de bens não desejado, só encontra explicação na indisfarçável preferência do legislador de 1916 pelo regime da comunhão e na sua desmedida tutela do interesse particular, injustificável em assunto que não diz respeito a ordem pública”.

O mais importante é deixar bem claro que, mencionando o art. 259 - CCB ao silêncio do contrato, se tem que tal regra só se dirige e só se aplica a separação **convencional**.

E, nem poderia ser de outra forma porque a pretensão a ser atingida era, única e exclusivamente **mitigar** o regime da separação pura ou absoluta, criando um meio termo. Ou seja, o regime então oficial era o da comunhão universal de bens, já que não se poderia desnaturar de forma total aquela da separação absoluta, vinha esse artigo intervir sobre a vontade dos nubentes para forçar, **pelo menos**, a aplicação da comunhão dos aqüestos ou adquiridos durante o matrimônio. Naquela época, por tradição, o **justo** era entendido como o regime perfeito aquele da comunhão de bens, se não total, pelo menos parcial.

Porém, no momento em que o regime preferido tornou-se oficialmente aquele da comunhão parcial de bens, tal regra tornou-se **despicienda**. Como afirma GOMES (1997, p. 168) assegura que: *“Não faz sentido conservá-la, devendo considerá-la revogada por ser ociosa em face da mudança do regime legal”*

3

A SÚMULA DO STF

S . 377-STF : “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Aprovada em 03.04.64 e publicada no Diário Oficial de 08.05.64.

- Referências legais: - art. 7º § 5º da LICC

- arts. 258 e 259 do Código Civil Brasileiro,

- art. 18 do Decreto-lei n.º 3.200, de 1941 e,

- art. 3º da Lei n.º 883, de 1949.

Para se entender o surgimento e criação desta Súmula, é necessária situar o surgimento do regime da comunhão no país e sua predileção face a situação dos casais de imigrantes e, posteriormente, dos casais brasileiros, reforçado ainda pelas conquistas do concubinato puro, sempre observada a ótica de proteção à mulher, como cônjuge ou sócia.

A verdade é que a comunhão é tradição para nós, tendo tido evolução original a partir dos primeiros tempos da monarquia portuguesa, como mera criação do direito consuetudinário, limitada a certos municípios (LAFAYETTE, 1899, p.122). Este jurista, mencionava na mesma obra, o que se tornaria a regra textual do art. 259 § 68). Também Carlos de Carvalho, na sua Nova Consolidação às Ordenações (Liv. 4º, tít. 44,2 – art. 192), demonstrava que já era assim na legislação anterior.

Essa tradição influenciou na jurisprudência pátria, tomando corpo o uso constante do art. 259 aos casos de separação legal. Mas, sem sombra de dúvida, a situação dos imigrantes da zona rural do

Rio Grande do Sul, da colonização vinhateira, e da italiana em São Paulo, é que foram o ponto de partida dessa alteração irregular do sistema codificado.

Com efeito, os casais imigrantes vindos da Europa, aonde o regime predominante era o da separação obrigatória de bens, com seu trabalho comum familiar, tornavam-se abastados no Brasil, mas, com a morte do varão, resultava uma viúva indigente. E, a solução encontrada foi a de se adotar a comunhão dos aqüestos, regime vigorante neste país em que a fortuna ocorreu:- isso, exclusivamente pela ação jurisprudencial, em trabalho pretoriano.

Daí a razão daquela referência legal ao art. 7º § 5º da LICC. Essa referência, porém, é apenas demonstrativa de que nosso legislador já havia criado uma exceção à regra de caráter público internacional pertinente ao princípio da imutabilidade do regime de bens. Isso porque a regra do art.- 4º da LICC (“O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes tiveram domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal”), obedecendo ao Código Bustamante, verdadeiro Código Internacional Privado da América, resultante da Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana, e que foi promulgada pelo Decreto 18.871, de 13.08.29, do nosso país, assim definia no seu art. 187 (“Os contratos matrimoniais regem-se pela lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, pela do primeiro domicílio matrimonial. Essas mesmas leis determinam, nessa ordem, o regime legal supletivo, na falta de estipulação”).

Desta forma, ambos os preceitos “contêm preceito unitário para o regime

matrimonial de bens, legal ou convencional, impondo como elemento de conexão a **lex domicillii** dos nubentes à época do ato nupcial, ou a do primeiro domicílio conjugal, que decorre do casamento, cuja fixação dependerá do marido, se os noivos não tiverem, por ocasião do matrimônio, o mesmo domicílio internacional. Se os cônjuges com domicílios diversos se estabelecem logo após as núpcias em um país, estão revelando a intenção de submeter o regime matrimonial de bens à lei do lugar que escolheram para domicílio conjugal. Lógico será que o direito vigente do local onde fixaram morada e constituíram família venha a reger suas relações econômicas. Se os nubentes tinham o mesmo domicílio, a **lex domicillii** disciplinará o regime matrimonial de bens, na falta de “pacto antenupcial” (DINIZ, 1994, p. 226) –

Se essa é a regra de direito internacional vigente, não se poderia jamais quebrar-se o princípio da imutabilidade dos regimes pertencentes a tais imigrantes.

Mas houve quebra desse princípio pelo § 5º do artigo referenciado pela Súmula, que é assim formulado:- “O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência do seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão universal de bens, respeitadas os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro” (atualmente, se mantém os mesmos termos, apenas com a substituição do regime designado, que será o da comunhão parcial conf. alteração feita pela Lei 6.515/77). Ferida, portanto, a regra do Código Bustamante previsto no seu art. 188, que prescreve: “É de ordem pública internaci-

onal o preceito que veda celebrar ou modificar contratos nupciais na constância do matrimônio, ou que se altere o regime de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicílio, posteriores ao mesmo”, sendo de se lembrar que nosso Governo não fez qualquer reserva relativa a tais regras desse Código Internacional.

A demonstração dessa exceção a regras internacionais, serviria em verdade, apenas para “justificar” a atuação do trabalho pretoriano sobre a questão.

Esse trabalho pretoriano foi realizado inicialmente pelo Tribunal de São Paulo, que adotou uma solução baseada na sociedade de fato, para adotar a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, não tenho a Corte Suprema sancionado tal procedimento, inicialmente. Mas, não resistindo ao apelo da situação, acabou por aceitá-lo (ESPÍNOLA & ESPÍNOLA FILHO, 1995, p. 685)

Assim, em acórdão datado de 30.05.38, sendo relator o Ministro Costa Manso, o STF assim decidia:

“Embora o regime de bens seja o da separação, consideram-se pertencentes a ambos os cônjuges, metade a cada um, os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, com o produto do trabalho e da economia comuns. Não há razão para que tais bens fiquem pertencendo exclusivamente ao marido. Não é de se presumir que só o marido ganhe dinheiro e possa adquirir bens. Nas famílias pobres a mulher trabalha e aufere recursos pecuniários, havendo casais em que só ela sustenta a família. O homem não pode ter a parte do leão. Ora, os bens resultantes desse esforço comum são bens comuns. E não se podendo estabelecer a porcentagem que neles deva ter cada um dos cônjuges, entende-se que a

cada um cabe a metade. É a regra de direito consagrada no art. 1.376 do Código Civil, quanto as sociedades de fato ou comunhão de interesses, não é outro o princípio a aplicar” (RT 118/254).

Para registrar a tradição da proteção especial que a família possui no nosso Direito, estão as referências legais da Súmula no Decreto-Lei n.º 3.200/41, em seu art. 18, que assim dispõe:

“os brasileiros, filhos de casal sob regime que exclua a comunhão universal, receberão, em partilha por morte de qualquer dos cônjuges, metade dos bens do cônjuge sobrevivente, adquiridos na constância da sociedade conjugal”, bem como na Lei n.º 883/49, em seu art. 3º:-
“Na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens, terá direito a metade dos bens deixados pelo outro, se concorrer a sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei”.

E, finalmente aquelas referências legais sobre o regime de bens matrimoniais (arts. 258 e 259 do CCB), não se esquecendo que, na ocasião da criação sumular o regime oficial do art. 258 era o da comunhão universal.

Os doutrinadores logo se insurgiram contra a utilização do art. 259-CCB.

Conforme especifica BEVILÁQUA (1976, p. 211):

“No regime da separação convencional os adquiridos se comunicam (art. 259). Se porém, a separação é imposta por lei, não há comunicação. O art. 259 não permite dúvida a respeito. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do con-

trato, os princípios dela, quanto a comunicação dos adquiridos na constância do casamento. No silêncio do contrato preceitua a lei; portanto, quando a separação é imposta por dispositivo legal, não tendo os nubentes direito de pactuar o seu regime de bens, os adquiridos não se comunicam”

Da mesma forma entendia SANTOS (1988, p. 55), ao comentar esse artigo:

“O legislador, ao dispor pela forma que o fez, pressupõe a existência de um contrato antenupcial. E somente quando o contrato silencia, manda que se aplique o dispositivo supra. Donde a conclusão de que, se trata de regime obrigatório da separação de bens, em virtude do que estatuí o art. 258, § único, não se aplica o dispositivo do art. 259. Permitir que se comunicassem os adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime da separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens”.

Também CHAVES (1991), referindo-se a essa questão, se insurge contra a aplicação do art. 259 nas separações obrigatórias, pois que,

“admitir-se a comunhão dos aqüestos, seria concordar com o que, por via indireta, alcançassem os cônjuges aquilo que, diretamente, lhes é vedado por lei . . . Desde que a lei quis proibir ou dificultar semelhantes casamentos – conclui Reynaldo Porchat, quanto a esse ponto – não é permitido ao juiz amenizar-lhes os efeitos por meio de distinções inoportunas”. (“RT 325/39, “Casa-

mentos das quinquenárias e dos sexagenários”).

PEREIRA (1979, p. 157) também não aceita esta situação:

“Quanto a separação convencional, não existe problema, porque a lei diz que prevalecem os princípios da comunhão de bens em relação aos adquiridos, no silêncio do contrato (art. 259). O mesmo não ocorre com o regime de **separação obrigatória**, apesar do parecer de opinados autores, favoráveis à comunicação, neste caso amparados pela jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (Sumula n.º 377). A nós nos parece que se o Código instituiu a comunicabilidade ‘no silêncio do contrato’, somente teve em vista a situação contratual, pois se desejasse abranger, no mesmo efeito a separação compulsória, aludiria a espécie em termos amplos, e não restritivos ao caso, em que o contrário é admitido. Não o fez, e ainda proibiu a doação de um cônjuge ao outro, o que revela o propósito, interdizendo as liberdades, de querer uma separação pura de patrimônios. Este objetivo ainda vem corroborado pela legislação subsequente no momento em que votou a Lei n.º 4.121, de 1962, e conhecendo a controvérsia, podia o legislador estatuir desde logo a comunhão de aqüestos nos casos de separação obrigatória. Longe disto, e ao revés, preferiu atribuir a viúva o usufruto de parte do espólio, a romper as linhas do regime de separação”.

Nada mais correto, do ponto de vista da legislação vigente. Porém, a solução pretoriana agradou. Na ocasião, paralelamente, se desenvolvia um trabalho

jurisprudencial em favor da concubina, tendo o STF feito a devida distinção entre as espécies de concubinato para, a final, distinguir aquele dito **puro** do adúlterino, levantando então uma gama de direitos àquela primeira espécie, reveladora de uma **família espelhada**, usando a regra da sociedade de fato para realizar, em geral, a meação dos bens adquiridos (S. 380-STF), com os altos e baixos característicos de nova situação sob definição pretoriana, que nada mais é do que a criação de novos direitos, numa tentativa de forçar o legislador a se manifestar por uma nova configuração jurídica (o que, no caso, se conseguiu, resultando na lei da união estável).

Nesses altos e baixos, toda vez que a concubina recebia o beneplácito da Justiça, logo se levantaram vozes de protestos a reclamar que esta possuiria mais direitos do que a esposa legítima, houve períodos em que em certas situações de reconhecimento da sociedade de fato, aliada a uma reclamação trabalhista, a concubina era vencedora duas vezes.

Na verdade os casais que perdiam a possibilidade de autonomia da vontade, quer por uma regra de proibição punitiva ou quer por regras cautelares do art. 258 § único e seus incisos, não aceitavam essa situação. No que vários doutrinadores também não concordavam e, creia-se, algumas situações jamais serão aceitas.

Então, se tem uma proteção aos casais de imigrantes, aliada ao fato de também se resguardar proteção ao concubinato puro, não se poderia de qualquer forma, se aceitar a punição estatal contra brasileiros casados sob regime obrigatório. Daí, a ampliação desta solução partida do Tribunal paulista a estes últimos.

Assim, os acórdãos de referência da S. 377-STF, já dizem respeito a casais nacionais. Como no RE 7243-CE, j. 12.07.43, rel. Min. Philadelpho Azevedo, aonde se fixou em sua ementa:- “III – Jurisprudência no sentido do reconhecimento de comunhão acerca de bens adquiridos por esforço comum dos cônjuges sujeitos a regime matrimonial diverso do comum. IV – Confirmação dessa tendência pela lei de proteção à família e sua natural extensão independente da nacionalidade do cônjuge e da validade ou, até, da existência de casamento. V – Comunhão dos aqüestos, não só na omissão do pacto antenupcial, como nos casos de imposição legal, se preenchidas as condições de fato procuradas pela inteligência pretoriana já aludida, podendo ainda resultar em caso contrário prejuízo ao cônjuge a quem a lei pretendeu beneficiar...” (RF 98/67).

Pelo visto, o exame das referências legais conduzem a conclusão de que a S. 377-STF se enquadra perfeitamente na espécie definida como **súmula “contra legem”**. E nem poderia ser de outra forma, desde que as normas legais referenciadas não permitiriam o resultado final do seu enunciado. Na verdade, a verdadeira intenção que poderia resultar no enunciado sumular seria a proteção familiar através da equidade.

Ademais, a insistência de se fixar referência legal no campo específico do do Direito Familiar, exatamente recaindo sobre o tema de regimes de bens obrigatórios, sob um enunciado redigido em termos genéricos, certamente não foi uma boa política jurisprudencial, pois, mesmo com a solução expressa no primeiro acórdão de referência desta Súmula, o caminho estava indicado de for-

ma correta para o enfrentamento da questão. Basta que se examine esse primeiro acórdão referencial para se ter a posição exatamente posta ao enunciado.

Trata-se do ERE n.º 8.984-DF, j. 08.11.48, rel. Min. Orosimbo Nonato, que, partidário da tese de que se deveria usar o art. 259-CCB para atribuir aqüestos aos bens adquiridos no regime de separação legal, acabou tendo seu voto vencido pelo do ministro revisor Hahnemann Guimarães. Este último, contrário aquela tese, chegou ao mesmo resultado desejado pelo Min. Orosimbo Nonato, porém por outra via legal:- a da sociedade de fato, que nada tinha a ver com o regime de bens.

Em seu voto, o ministro relator foi contudente:

“Se o acórdão impugnado houvesse estabelecido que, no casamento celebrado com infração do art. 183, números XI e XVI, do Código Civil, se observará o regime da comunhão parcial, seria contrário ao disposto nos arts. 226 e 258, parágrafo único, I, do mesmo Código. Disse, porém, a decisão recorrida, que a separação de bens não veda que se constitua, de fato, uma **societas generalis quaestuaris** entre os cônjuges. Esta sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infringir lesão injusta aos cônjuges que, pelos esforços e indústria comuns, obtiveram bens, que devem formar uma caixa social. O regime legal da separação patrimonial não proíbe que os cônjuges se associem e reúnem os bens **quae ex augestu veniant**; não proíbe a comunhão de bens, adquiridos pela cooperação, pela atividade comum dos esposos”.

A ementa do ministro revisor no acórdão: “*O regime legal da separação patrimonial não proíbe que os cônjuges se associem e reúnam os bens adquiridos por sua atividade comum*”.

Como for, o enunciado sumular ao se resumir exclusivamente no campo do Direito de Família, acabou por provocar o surgimento de três correntes, atuando dentro do propósito STF e com tendências ampliativas de sua utilização naquela Corte Suprema. Assim, para uns a aplicação da Súmula exigiria o **esforço comum**, para outros a referencia ao art. 259-CCB remeteria a disciplina dos adquiridos ao regime da comunhão universal e, outros mais, para o regime da comunhão parcial, acrescida a esta tese o conceito de que, nesses casos, o artigo teria o caráter **assistencial**, não se examinando a colaboração econômica do outro cônjuge, sendo então presumida.

Essa tendência liberal se impôs, entre altos e baixos nos tribunais do país, havendo de se observar que, a jurisprudência apenas defina a exclusão de bens que, na verdade, seriam incomunicáveis pelos regimes de bens legais. Assim, não se comunicariam no regime da separação legal, os bens reservados (RTJ 79/342), os havidos por doação ou herança (RTJ 97/1239, 100/1121, 118/546), nem os adquiridos com o produto da venda de bens anteriores ao casamento (RTJ 100/362).

4

CONCLUSÃO

Na atualidade, agora sob a competência do Superior Tribunal de Justiça, a S. 377-STF, após um longo trajeto de grandes discussões, encontra-se com seu enunciado bem definido, mantido

deste dentro de seus termos genéricos, porém excluídas suas ilegítimas referências legais, restando seu uso e aplicação exclusivamente dentro do campo obrigacional e não familiar.

Assim:-

“Em se tratando de regime de separação obrigatória (art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. O enunciado nº377 da Súmula do STF deve restringir-se aos aqüestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa a evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa” (REsp 9.938, j. 09.06.92, rel. Min Salvo de Figueiredo – RSTJ 39/413).

E, quanto ao regime da separação absoluta consensual, uma vez tendo havido cláusula específica, somente poderá se discutir o condomínio de bens sob a ótica exclusiva do direito obrigacional, nada havendo com a sociedade conjugal, também sob chancela da proibição do enriquecimento sem causa

“A circunstância de os cônjuges haverem pactuado como regime de bens, o da separação, não impede que se unam, em empreendimento estranho ao casamento. Isso ocorrendo, poderá caracterizar-se a sociedade de fato, admitindo-se sua dissolução, com a conseqüente partilha de bens. O que não se há de reconhecer é a existência de tal sociedade, apenas em virtude da vida em comum, com o atendimento dos deveres que decorram da existência do consórcio” (REsp 30.513, j. 26.04.94, rel. Min. Eduardo Ribeiro – RSTJ 60/255).

Sem dúvida ainda existem divergências, mas essa interpretação exprime o melhor enfoque da questão, pois – “É óbvio que não se trata de uma sociedade de fato que se estabelece automaticamente entre os cônjuges, casados pelo regime da separação e pelo simples fato de serem casados. Na realidade, quando se fala em sociedade de fato entre cônjuges, deixa-se o campo do Direito de Família para ingressar na esfera do Direito das Obrigações e, mais especificamente, na área do direito societário. Se celebram contrato de sociedade duas pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fim comum (CC, art. 1.363), nada impede que tal contrato de fato se estabeleça entre dois cônjuges (seja qual for o regime de bens), entre dois concubinos ou entre duas pessoas do mesmo ou diferente sexo. É um negócio jurídico estritamente obrigacional e a partilha do patrimônio haurido pelo esforço comum é uma imposição da justiça, para evitar o enriquecimento de um dos sócios, em detrimento do outro” (RODRIGUES, 1978, p. 170).

Ou, nas palavras de CAHALI (1977):

“... a solução pretoriana que inspirou a Súmula 377 traz em seu contexto argumentos que se mostram igualmente respeitáveis: se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens; assim, o entendimento consagrado na referida súmula já não procura

socorrer-se de qualquer interpretação literal das normas dos arts. 258, § único, e 259 do CC; cuida-se, sim, do reconhecimento do esforço comum dos cônjuges na formação do patrimônio, matéria que foge ao âmbito do direito de família; o esforço comum é, pois, o traço que imprime aos aqüestos a força de sua comunicabilidade; assim desde que, por presunção, os bens terão assim provindo de esforços comuns, então a ambos deverão pertencer” (“Enciclopédia Saraiva do Direito”, 1977, verbete “Bens Aqüestos”, vol. 11/154).

Não é preciso qualquer esforço para se constatar que o primeiro acórdão de referência da S. 377-STF (ERE 8.984, de 1948) demonstrava o acerto da via jurídica legal firmada pelo Ministro Hahnermann Guimarães, e que somente 50 anos depois, já então pelo STJ, seria redescoberto pelo Ministro Salvio de Figueiredo.

Cabe, ainda, a observação final de que, como súmula “extra legem”, não conseguiu atingir seu objetivo no campo do direito familiar, pois o projeto que tramita no Congresso do novo Código Civil (Projeto de Lei n.º 118, de 1984 – n.º 634/75 na Casa de origem) estatui no seu art. 1.669 que – “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos: I – Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio. II – Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos. III – De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Aliás, o Projeto do novo CCB, que atualmente contém os Pareceres sobre as emendas dos Senadores possui uma

novidade que poderá retirar a regra internacional sobre o princípio da imutabilidade do regime de bens após o casamento. Com efeito a Emenda n.º 284, do Senador José Fragelli, teve parecer parcialmente favorável da Comissão do Senado no sentido de alterar-se o § único do art. 1.667 – “Parágrafo único. O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”, para supressão da expressão **“e é irrevogável”**, no que foi negado, mas sugerida subemenda com acréscimo de parágrafo para permitir mudança parcial no regime. Nos termos expressos do Parecer: - “... A emenda insurge-se contra essa irrevogabilidade, considerando-a ‘grave restrição que se opõe à liberdade dos nubentes, pois eles podem escolher o regime de bens ‘que lhes aprouver’, ‘antes de celebrado o casamento’. A proibição de revogá-lo, depois de vigente, visa a garantir o que foi convencionalizado e tendo em vista o interesse social envolvido na sociedade resultante do casamento. SAVATIER (1945, pp. 103 - 107) salienta que *‘a imutabilidade das convenções matrimoniais é justificada pela situação das famílias, dos esposos e de terceiros’*. E elucida que durante o casamento há formas pelas quais os cônjuges concedem vantagens um ao outro, estranhas à convenção, e sem afrontá-la, além de ocorrerem restrições oponíveis por terceiros, ou decorrentes de julgamentos.

A imutabilidade, porém, pode não ser absoluta. É admissível introduzir-lhe alterações motivadas e mediante autorização judicial, dada a complexidade crescente das relações na vida contemporânea. Conforme sugerem o professor Álvaro Villaça Azevedo e a Dra. Regina

Beatriz Tavares, tal providência há de ser solicitada ao juiz por ambos os cônjuges, com as razões do pedido. Daí a emenda, não sendo aceita, propiciar a seguinte subemenda, que transforma o parágrafo único do art. 1.667 em § 1º e acrescenta o § 2º, assim: Art. 1667. . . § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável. § 2º É admissível alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Como é claro, se aceita, afinal, pelo Congresso Nacional esta mudança, em nada influirá quanto ao regime obrigatório previsto no art. 1.669 e seus incisos, - a menos que alguém resolva começar novamente a história, por mais 50 anos!

Finalmente, para encerrar o exame, é preciso deixar consignado que o usufruto previsto no art. 1.611 § 1º - CCB, para o cônjuge supérstite sob regime matrimonial diverso da comunhão universal, não será concedido, se reconhecida a comunhão dos aqüestos, conforme precedente do STF, no RE 100.099, j. 28.06.84, rel. Min.istro Rafael Mayer,

desde que, como explicou o relator em seu voto:

“o dispositivo em questão tem o inequívoco sentido de amparo à mulher que fica desprovida dos bens que pertenciam ao marido, em consequência do regime matrimonial de bens. Se no entanto, a viúva, pelo reconhecimento de sua participação na metade dos aqüestos, já tem uma situação corresponde à que lograria se o regime fosse o da comunhão universal, não há razão alguma de se lhe atribuir, ademais, o usufruto em parte dos bens que excedem dessa metade. O usufruto é compensação pelo que não teria recebido” (RTJ 110/808).

Esse julgamento foi renovado pelo STJ, REsp 34.716, j. 25.04.94, rel. Min. Barros Monteiro, com a seguinte emenda:-

“Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual previsto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil. Precedente do STF” (RSTJ 64/210). ■

referências bibliográficas

- BEVILÁQUA, Clovis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro, Edição histórica, 1976.
- BRETONE, Mário. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1990.
- CAHALI, Youssef Said. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 11 São Paulo. Saraiva 1977.
- CHAVES, Antonio. *Casamento das quinquagenárias e dos sexagenários*. Revista dos Tribunais, vol. 325.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo. Edit. Saraiva, 1994.
- ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família* 9. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* 11. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- PEREIRA, Laffayette. *Direito de Família*. 1899.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 19. ed São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado* 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1988.
- TRATADO de Direito Civil. São Paulo. 1991. Edit. *Revista. Tribunais.*, vol. V, tomo I.



CHEQUE PÓS-DATADO

NATUREZA CONTRATUAL

Paulo Leonardo Vilela Cardoso *

sumário

01. Introdução
02. Conceito
03. Terminologia
04. Natureza Cambiária
05. Natureza Contratual
06. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor
07. Posicionamento Jurisprudencial
08. Conclusão
09. Referências Bibliográficas

resumo

Em virtude do grande hábito de estabelecimentos comerciais colocarem à venda seus produtos para serem pagos com cheque pós-datado, é mister distinguir neste artigo a principal diferença entre as natureza contratual e comercial que envolve essa transação, pois o cheque apresenta, além da natureza cambiária, a natureza contratual, amparados pelo Código de Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Vem de longa data o hábito de grandes estabelecimentos comerciais, e até empresas prestadoras de serviço, colocarem seus produtos à venda para serem pagos com cheques pós-datados, concedendo aos consumidores prazo de 15, 30 ou mais dias para sua apresentação ao Banco.

Da forma como agem, os comerciantes atraem grande número de compradores para adquirirem seus produtos, geralmente levados pela facilidade na forma de pagamento.

Tal prática tornou-se um costume, principalmente por ser benéfica a ambos contratantes. Ao comerciante, porque permite ampliar suas vendas, atraindo muitos consumidores em virtude da facilidade de pagamento. Ao consumidor, por outro lado, pois dá a ele a opção de adquirir produtos e serviços sem que se imobilize, de imedia-

to, o seu capital de giro, permitindo-lhe organizar o orçamento, com a certeza de que os cheques emitidos serão depositados nas datas estabelecidas.

2 CONCEITO

COVELLO (1999, p. 32), em sua recentíssima obra “Prática do Cheque”, assim conceituou cheque pré-datado. “*O cheque pré datado, ou pós-datado, como prefere parte da doutrina, é o cheque emitido com cláusula de cobrança em determinada data, em geral (sic) a indicada como data da emissão, ou a consignada no canto direito do talão*”.

3 TERMINOLOGIA

Embora usual, a expressão “pré-datado” é juridicamente incorreta. Trata-se de um modismo.

* Paulo Leonardo Vilela Cardoso, Advogado e Consultor Jurídico em Uberaba/MG. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós Graduando em Direito

Como bem anota SIDOU, 2000, p. 59:

“Pré” (latim, *prae*) é afixo que denota anterioridade, antecipação, contrastado a “Pós” (latim, *post*), que indica ato ou fato futuro. Tanto quanto pré-natal significa antes do nascimento, uma ordem, qualquer ordem, expedida **post diem**, indica que ela deverá ser executada na ou a partir da data indicada, não antes.

Por esta razão, é correto dizer que o cheque emitido para pagamento em data posterior denomina-se “cheque pós-datado” e não “pré-datado” como usualmente praticado.

4 NATUREZA CAMBIÁRIA DO CHEQUE

Sabe-se que o cheque é um título de crédito revestido de certas formalidades, entre estas, a de ordem de pagamento à vista. Mencionada ordem é emitida contra um banco, ou ente assemelhado, para que pague à pessoa, em favor de quem se emite, ou ao portador, importância certa em dinheiro, previamente posta à disposição do emitente e que será levada à sua conta.

Cheque, portanto, consiste em uma ordem de pagamento à vista, feita por quem dispõe de fundos em poder do sacado, a favor do beneficiário, ou à sua ordem, ou ao portador. (BATALHA, 1989)

Na definição de DE SEMO, (1996, p.718) o cheque (“assegno bancário”) é: “um título cambiário, à ordem ou ao portador, literal, formal, autônomo,

abstrato, contendo a ordem incondicionada dirigida a um banqueiro, junto ao qual o emitente tem fundos disponíveis adequados, de pagar à vista a soma que nele é mencionada, vinculando, solidariamente, todos os signatários perante o portador e munido de força executiva”

COELHO (1996, p. 246), conceitua cheque como sendo:

“uma ordem de pagamento à vista, sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos depositados pelo sacador em mãos do sacado ou decorrente do contrato de abertura de crédito entre ambos. O elemento essencial do conceito de cheque é a sua natureza de ordem de pagamento à vista, que não pode ser descaracterizada por acordo entre as partes.”

Ou, na sintética definição de Bonelli: *“una cambiale tratta a vista sul conto aperto presso un banchiere, Che ne autorizzò l’emissione”*. (BONELLI, apud BATALHA 1989, p. 207)

Vislumbra-se, com clareza, que a emissão de cheque com data posterior à da efetiva emissão é considerada como se tratasse de ordem de pagamento à vista contra a apresentação, pouco importando a data, sendo que qualquer cláusula inserida no cheque com o objetivo de alterar esta sua essencial característica é considerada não escrita e, portanto, ineficaz.” (COELHO, 1996, p. 246.)

Assim está exposto no artigo 32, caput da Lei n. 7.358, de 02/09/1985 *“O cheque é pagável à vista. Considera-se não escrita qualquer menção em contrário”*.

Portanto, uma vez criado, é exigível, obrigando o emitente e as demais pessoas que com sua assinatura nele intervierem.

Porém, como conciliar a prática generalizada do cheque pós-datado com a lei do cheque, uma vez que esta considera como não escrita qualquer cláusula que contrarie o pagamento à vista?

No âmbito cambiário, podemos dizer que o destinatário do cheque não é obrigado a respeitar a cláusula de pagamento a prazo, e nem tampouco o banco deve obedecer a qualquer cláusula que obste o pagamento à vista.

5

NATUREZA CONTRATUAL

A bem da verdade, vislumbra-se no cheque pós-datado duas naturezas, uma cambiária (título de crédito) e outra contratual.

Isso porque o pagamento ao comerciante, mediante a emissão de cheque pós-datado, normalmente é, do ponto de vista jurídico, um contrato verbal em que o emitente adquire produtos ou serviços, paga o preço com um ou mais títulos (cheques), sendo certo que o vendedor se compromete a apresentar o título ao Banco nas datas acertadas entre ele e o comprador.

As garantias são recíprocas: o cliente promete que terá fundos quando sacar o cheque e o vendedor promete que só o apresentará na data acertada.

Trata-se de acordo de vontades, em que as partes estipulam, livremente, o modo de aquisição e o pagamento daquilo que foi acordado.

Acrescente-se, entretanto, que a natureza cambiária do cheque não se desnatura; pelo contrário, continua laten-

te. Tal premissa é verdadeira, pois quando levado ao Banco, é pago imediatamente, preservando, assim, sua principal característica, qual seja, a ordem de pagamento à vista.

Contudo, a parte que desrespeitar o pactuado quando se emitiu o cheque, poderá ser responsabilizada civilmente pelos prejuízos que porventura vierem a causar. Em seu artigo 159, o Código Civil, estabelece, claramente, a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação, ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem.

WALD (1992, p. 110) destaca que: “O não cumprimento da obrigação, quando injustificado, importa lesão de direito, determinando o ressarcimento do dano causado pelo inadimplente”.

A propósito, COELHO (1996, P. 534) ensina que:

“Está se desenvolvendo o entendimento de que o comerciante, ao aceitar pagamento com cheque pós-datado, assume obrigação de não fazer, consistente em abster-se de apresentar o título ao sacado antes da data avençada com o consumidor. De modo que o descumprimento dessa obrigação acarretaria o dever de indenizar o emitente. Nesse contexto, no julgamento da Apelação Cível nº 238/91, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a decisão de primeiro grau (18ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro), na parte relativa ao reconhecimento do dever de indenizar do comerciante que anunciou a aceitação de cheques pós-datados e apresentou-os antes do prazo combinado com o consumidor”

Portanto, o comerciante, sabedor de que o cheque não poderá ser apresentado antes da data combinada, quando o faz, descumpre a obrigação assumida, devendo, assim, ressarcir os danos ou prejuízos causados ao correntista, já que tal pacto, quando firmado, toma sentido jurídico, constituindo um ônus cujo cumprimento não poderá deixar de ser realizado.

6 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Com a entrada em vigor do CDC, a transação efetuada entre o vendedor e o comprador, firmando a forma de pagamento por meio do cheque pós-datado, passou a ter regulação expressa em lei, mediante a figura da oferta fixada no Código de Defesa do Consumidor (COVELLO, 1999, p.33)

Como dito inicialmente, tornou-se prática usual de estabelecimentos comerciais fazerem propaganda ostensiva de que seus produtos podem ser adquiridos por intermédio do pagamento com cheques pós-datados.

Porém, mal se lembram de que a informação ou publicidade da forma de pagamento perpetrada integra o contrato a ser celebrado.

Aliás, está expresso no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor:

“Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”

Segundo VASCONSELOS e BENJAMIN (1999, pp. 227 a 232) a regra do Código é “*prometeu, cumpriu*”. Porém, se o fornecedor recusar o cumprimento de sua oferta, *in casu*, apresentar o cheque antes da data combinada, é lícito ao consumidor exigir a rescisão do contrato, com a restituição do já pago mais perdas e danos (art. 35 do CDC).

Destaca, ainda, o nobre doutrinador:

“Vale lembrar que o consumidor é sempre e inexoravelmente um mero expectador passivo do anúncio. Não tem qualquer poder sobre ele; sua interferência no fenômeno publicitário é nula, a não ser como destinatário da mensagem, perante a qual é sujeito impotente”.

Ora, diante de uma tal situação, que em última análise caracteriza e reflete uma equação de poder (e de riscos), é mais que compreensível – é mesmo exigência de justiça social – que o anunciante (pelo menos ele) seja responsabilizado por aquilo que diz ou deixou de dizer. A publicidade é “necessária na economia de mercado”, mas ninguém nega, que infelizmente, “aparece muitas vezes como nociva ao público”. (STIGLITZ, 1990, p. 15). (VASCONSELOS e BENJAMIM, 1999, pp. 227 a 232).

Ademais, na medida em que a publicidade influencia – quando não determina o comportamento contratual do consumidor -, nada mais razoável que passe o Direito a lhe dar conseqüências proporcionais à sua importância fática. (STIGLITZ, 1992, p. 138)

Agora, o ordenamento, embora preservando as facilidades e benefícios eco-

nômico-operacionais que a publicidade traz aos empresários, impõe-lhes o dever de cumprir o prometido, além de reparar eventuais danos causados pelas suas atividades incitativas.

Desta forma, concluindo, se o comerciante informa ao consumidor que seus produtos e serviços podem ser adquiridos mediante a entrega de cheques pós-datados fica, após a concretização da compra, imediatamente obrigado a apresentar o documento ao Banco Sacado na data combinada, sob pena de ser responsabilizado civilmente pela quebra contratual.

7

POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Ademais, esta foi a conclusão que o Ministro Carlos Alberto Menezes Direi-to, da 3ª Turma do STJ, relator do REsp 223486/MG, quando destacou que o cheque pré-datado, na realidade, pós data-do, emitido em garantia de dívida não se desnatura como título executivo extra-judicial, sendo que a circunstância de ha-ver sido aposta no cheque data futura, embora possua relevância na esfera pe-nal, no âmbito dos direitos civil e co-mercial traz como única consequência prática a ampliação real do prazo de apre-sentação.

Notícia mencionado processo que a comerciante Ivana do Carmo de Almeida pretende receber mais de R\$18.000,00 (dezoito mil reais) de indenização da loja Frigorífico Alvorada Ltda, de Belo Hori-zonte. A empresa apresentou ao banco cheques pré-datados antes da data com-binada, causando o encerramento da con-ta e a inscrição do nome de Ivana no

cadastro de emitentes de cheques sem fundos do Banco Central.

Destaca, que em 1º de junho de 1996, Ivana adquiriu mercadorias no valor de R\$180,00 (cento e oitenta reais), dando como pagamento um cheque do Banco BEMGE S/A, para ser apresentado no dia 11. A loja depositou no dia 04, sendo devolvido por falta de fundos. Tornou a apresentar o cheque no dia 07, causan-do encerramento da conta e inscrição do nome da correntista no CCF.

A Requerente entrou com ação de indenização pedindo 100 vezes o valor do cheque mais juros e correção mone-tária, alegando imprudência e negligên-cia da loja ao entrar com cheque antes da data combinada, causando grave le-são em seu direito de inviolabilidade da honra e da imagem. A empresa argumen-tou que não foi o cheque causador do encerramento da conta e que a inscrição do nome da cliente no CCF foi feita pelo BEMGE, como determina o BANCO CENTRAL. A comerciária ganhou em todas as instâncias, mas a loja, inconformada, recorreu ao STJ que, em sábia decisão, não conheceu do Recur-so Especial interposto, ao fundamento de que “A prática comercial de emissão de com data futura de apresentação, po-pularmente chamado de cheque pré-da-tado, não desnatura a sua qualidade cambiariforme, representando garantia de dívida com a consequência de ampliar o prazo de apresentação”.

Aliás, este é o entendimento do Tri-bunal de Alçada de Minas Gerais:

“INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CHEQUE PÓS DATADO – A apresen-tação prematura de cheque a estabeleci-

mento bancário, resultando em encerramento da conta do emitente, acarreta ao responsável obrigação indenizatória por dano moral, que deve ser fixada de acordo com a gravidade da lesão, intensidade de culpa ou dolo do agente e condições sócioeconômicas das partes”

(TAMG – 5ª Câmara Cível – Ap. 190931-9 – BH – Rel. Juiz ALOYSIO NOGUEIRA – v.u. – J. 27/04/1995 – in DJ 09/08/95).

“INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – PESSOA JURÍDICA – Perfeitamente admissível o deferimento de indenização a título de dano moral em favor de pessoa jurídica, e decorrente de protesto tirado indevidamente, bem como de abalo de confiança resultante de apresentação antecipada de cheque pré-datado”

(TAMG – 3ª Câmara Cível – Ap. 230244-5 – BH – Rel. Juiz KILDARE CARVALHO – v. u. – J. 19/03/1997).

“INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – CHEQUE PRÉ DATADO – APRESENTAÇÃO PREMATURA PELO ESTABELECIMENTO COMERCIAL – Importa dano moral o comportamento do estabelecimento comercial que, descumprindo acordo firmado com o consumidor, apresenta para saque cheque pré-datado cujo pagamento estava programado para data posterior”.

(TAMG – 3ª Câmara Cível – Ap. 233417-0 – BH – Rel. Juiz DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA – v. u. – J. 02/04/1997).

8 CONCLUSÃO

Portanto, é certo que a fixação de data futura para a apresentação do cheque ao sacado não retira sua natureza cambiária, continuando válidos os seus requisitos e características, principalmente os de ordem de pagamento à vista. Deste modo, é errado dizer que as práticas reiteradas de emissão de cheques pós-datados vêm derogando a Lei do Cheque, conforme defendido por alguns juristas.

Por outro lado, conclui-se que o cheque emitido para pagamento em data aprazada, em virtude de pacto celebrado entre emitente e destinatário, possui natureza contratual, protegida, também, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque o comerciante quando informa que seus produtos podem ser pagos com cheques pós-datados, assume obrigação de não sacá-lo, consistente em abster-se de apresentar o título ao sacado antes da data avençada com o consumidor. Essa obrigação, uma vez assumida, toma sentido jurídico e constitui, daí por diante, um ônus, cujo cumprimento não deverá deixar de ser realizado. A quebra deste pacto, quando injustificada, importa lesão de direito, determinando o ressarcimento do dano causado pelo inadimplente. ■

referências bibliográficas

- Empresarial pela mesma Universidade
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1969.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Títulos de Crédito, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989..
- BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. São Paulo: Atlas, 1985.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- COVELLO, Sérgio Carlos; *Prática do Cheque*. 3. ed. São Paulo: Editora Edipro, 1999.
- DE SEMO, Giorgio. *Diritto Cambiario*. Milão: Ed. Giuffrè, 1953.
- MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais de Acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- SIDOU, J. M. Othon, “*Do Cheque*”. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- STIGLITZ, Rubens S e Gabriel A. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires: Depalma, 1990.15.
- VASCONSELOS e BENJAMIM, Antônio Herman de. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

COMENTÁRIOS SOB A ÓTICA GARANTISTA, DA MP 1925

DISPÕE SOBRE A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.¹



UNIJUS

Márcia Pereira *

sumário

- | | |
|---|--------------------------------|
| 01. Introdução | 04. Das disposições especiais |
| 02. Da cédula de crédito bancário | 05. Das disposições gerais |
| 03. Das garantias cedularmente constituídas | 06. Referências bibliográficas |

resumo

Os governos recentes do Brasil têm-se notabilizado pelas constantes edições e reedições de Medidas Provisórias em flagrante desrespeito à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito. A MP 1925 – que se encontra em sua oitava edição – talhada segundo o figurino neoliberal, é um desses exemplos. Através dela são atendidos os interesses do Mercado Financeiro em detrimento da Defesa do Consumidor.

Palavras - Chave : Direito – Consumidor – Mercado- Constituição - Garantista

1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória 1.925, de 14.10.1999, que criou a Cédula de Crédito Bancário, é apenas mais um dos inúmeros exemplos de utilização equivocada, pelo representante máximo de nosso Executivo, das atribuições contidas no Art.62 da Constituição Federal, pois nesta, como em muitas outras, não fi-

cou demonstrado a existência de *relevância e urgência da matéria*, pressupostos básicos do procedimento.

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

* Márcia Pereira, Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

¹ Trabalho elaborado sob a orientação da professora Suzana Maria Gauer para a disciplina Tópicos Especiais V “Temas atuais de Teoria Geral do Estado”.

dias. Estudos divulgados via Internet, no endereço <http://www.dji.com.br>, nos dão conta de que Medida Provisória : É uma medida baixada pelo Presidente da República, com força de lei, porém diferente da lei delegada. A medida provisória é a sucessora velada do velho decreto-lei, previsto nos arts. 46, V, e 55, da Constituição de 1967, ora revogada. Como este, é a consequência inevitável do crescimento do intervencionismo estatal. O caráter técnico de certas decisões do Governo, mais a necessidade da rapidez de sua tramitação, em nome da “relevância e da urgência”, induziram o Parlamento clássico, que caminhava celeremente no rumo de sua paralisação, a delegar novos poderes ao Executivo, órgão capaz, por sua própria estrutura, de decisões rápidas. Foi assim que a Constituição anterior, inspirada no art. 77 da Constituição da Itália, abaixo transcrito, consagrou o decreto-lei, restringindo-o, prudentemente, aos casos de urgência, interesse público relevante e desde que não implicasse aumento de despesa, e sempre nas seguintes matérias: segurança nacional (art. 55, I), finanças públicas, incluídas normas tributárias (art. 55, II), criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55, III). Infelizmente, o legislador não especificou o que se deveria entender por “casos de urgência”, “interesse público relevante” ou matéria de “segurança nacional”, de maneira que o decreto-lei acabou sendo desvirtuado, sem que constituísse um mal em si mesmo. O decreto-lei era lei no sentido puramente material, não estava, obviamente, sujeito à vacatio legis, e sua aprovação ou rejeição, pelo Congresso Nacional, deveriam ser plenas, não parciais. Não se confundia com

a lei delegada, porque a competência para emití-lo era expressamente prevista no texto constitucional. O matiz liberalizante das medidas de urgência na Constituição vigente torna-se mais acentuado quando se observa que foi grande a preocupação do legislador constituinte de fortalecer o Legislativo, que em matéria de decretos-leis, na Constituição anterior, ficava limitado a uma atitude passiva: ou aprovava o texto, cuja vigência era imediata (art. 55, § 1º), ou o rejeitava, sem poder emendá-lo, e sempre no prazo de 60 dias contados de seu recebimento, acrescido de um novo prazo, previsto no art. 51, § 3º. Ademais, nos termos do art. 55, § 2º, a rejeição do decreto-lei não implicava a nulidade dos atos praticados durante sua vigência. Agora, com a medida provisória, inverte-se a situação, pois, se a medida não for apreciada pelo Legislativo, ter-se-á por rejeitada, e não por aprovada! Assim, deve o Governo, como ocorre na Itália, na Espanha e na França, diligenciar, junto ao Legislativo, a aprovação da matéria. Quanto à apresentação de emendas, não é vedada pela Constituição vigente, ao contrário do que ocorria na Carta revogada. Poderia ocorrer a hipótese de o Executivo, fraudando a rejeição ou a não apreciação da medida provisória, pelo Congresso, reeditar nova medida provisória, sobre a mesma matéria rejeitada; entretanto, a rejeição pelo Legislativo opera ex tunc, vale dizer, retroage seus efeitos à edição da medida, tornando sem efeito a tentativa. Ademais, incidiria o Executivo, neste caso, em crime de responsabilidade (art. 85, II), ao subverter o livre exercício do Poder Legislativo. Constituição da Itália: “Art. 77. Não poderá o Governo, sem delegação das Câmaras, ditar decretos

com força de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adotar, sob sua responsabilidade, medidas provisórias (*provvedimenti provvisori*) com força de lei, deverá apresentá-las no mesmo dia para sua conversão em lei às Câmaras, as quais, mesmo dissolvidas, serão devidamente convocadas e reunir-se-ão dentro dos cinco dias seguintes. Os decretos perderão todo efeito desde o início, se não forem convertidos em leis (*convertiti in legge*) dentro dos 60 dias de sua publicação. As Câmaras poderão, entretanto, regular mediante lei as relações jurídicas surgidas em virtude daqueles decretos que não forem convertidos em lei”. Constituição da Espanha: “Art. 86 ... § 1º Em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá ditar disposições legislativas provisórias, as quais tomarão a forma de decretos-leis e que não poderão ferir as instituições fundamentais do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título Primeiro, ao regime das Comunidades Autônomas, nem ao Direito Eleitoral geral. § 2º Os decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e votação pela tota-

lidade dos membros do Congresso de Deputados, convocado para tanto, se não estiver reunido, no prazo dos trinta dias seguintes à sua promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente, dentro de referido prazo, sobre sua convalidação ou derrogação, para o qual o Regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário. § 3º Durante o prazo estabelecido no parágrafo anterior, as Cortes poderão fazê-los tramitar como projetos de lei, mediante o procedimento de urgência”. Constituição da Grã-Bretanha (Lei sobre o Parlamento, de 18.8.1911): “Art. 1º ... § 1º Se um projeto de lei, sobre matéria financeira, aprovado pela Câmara dos Comuns, for enviado à Câmara dos Lordes pelo menos um mês antes do término da sessão legislativa, e nesta não for aprovado sem emendas dentro do mês seguinte, ele será apresentado à Sua Majestade, salvo se a Câmara dos Comuns decidir em contrário, e converter-se-á em ato do Parlamento, mediante sanção real, independentemente do voto da Câmara dos Lordes”.

A visão garantista² não pode compactuar com a vocação,; acentuada de nosso Executivo para legislar, conforme ilustra o quadro a seguir, pois essa prática

2 Conceituação da Teoria Garantista, cfe. trechos extraídos de entrevista com Luigi Ferrajoli, concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em Roma. Disponível via Internet, no seguinte endereço: <http://www.ibccrim.com.br/teoria.htm>

Luigi Ferrajoli — Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o garantismo enfrenta é também o de submeter à lei os poderes privados, além dos poderes estatais.

Parece-me que o garantismo tem possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos, como o constitucional e o cultural, e que fogem à tradição liberal clássica. Antes de tudo é necessário recordar que o garantismo nasce no âmbito dos direitos individuais, na tradição iluminista, como forma de limite ao poder soberano estatal (liberdade pessoal, de consciência, etc.), sendo necessário precisar, ainda, que teve muita influência nesse processo a estipulação dos direitos positivos sociais, agregados aos direitos negativos de liberdade.

A segunda direção do garantismo é aquela ligada aos direitos privados. O garantismo, que sempre foi elaborado no confronto dos poderes públicos, deve ser também transposto para o confronto dos poderes privados, apenas que não há uma dimensão constitucional para isso, donde há uma idéia de onipotência do mercado. A realização de um modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos direitos do Homem.

constitui frontal desrespeito ao princípio constitucional da Autonomia e Tripartição dos Poderes³, pilares da Democracia.

Segundo informações divulgadas pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, via Internet no endereço <http://www.planalto.gov.br/>

C C I V I L / M P V / Q u a d r o / M p _ g o v e r n o . h t m, até 23.06.2000, o quadro de Edições e Reedições por Governos recentes do Brasil, de Medidas Provisórias era o seguinte:

É bem verdade que o Direito necessita acompanhar o dinamismo dos tem-

Governo	José Sarney	Fernando Collor	Itamar Franco	Fernando H. Cardoso 1º Governo	Fernando H. Cardoso 2º Governo	Total Geral
Originárias	125	87	141	160	57	570
Reeditadas	22	73	364	699 1.750*	117 1.381*	4.406
Convertidas	109	66	118	82	41	416
Revogadas	2	5	5	11	4	27
Sem Eficácia	5	5	1	3	1	29
Rejeitadas	9	11	-	1	-	21
Em Tramitação	-	-	3	40	34	77
Editadas	147	160	505	2.609	1.555	4.976
* Reedições de Medidas de Governos anteriores						

3 Ainda que se admita, em caráter de absoluta excepcionalidade, que os três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - desempenhem funções atípicas (funções atribuídas a outro poder), cada qual deve exercer, preponderantemente, a função que lhe é peculiar. Conceituação da Teoria Garantista, cfe. trechos extraídos de entrevista com Luigi Ferrajoli, concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em Roma. Disponível via Internet, no seguinte endereço:

<http://www.ibccrim.com.br/teoria.htm>

Luigi Ferrajoli — Garantismo é antes de tudo um modelo de Direito. Neste sentido, significa submissão à lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitos, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois esta noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. Dito isto, o grande problema que o garantismo enfrenta é também o de submeter à lei os poderes privados, além dos poderes estatais.

Parece-me que o garantismo tem possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos, como o constitucional e o cultural, e que fogem à tradição liberal clássica. Antes de tudo é necessário recordar que o garantismo nasce no âmbito dos direitos individuais, na tradição iluminista, como forma de limite ao poder soberano estatal (liberdade pessoal, de consciência, etc.), sendo necessário precisar, ainda, que teve muita influência nesse processo a estipulação dos direitos positivos sociais, agregados aos direitos negativos de liberdade.

A segunda direção do garantismo é aquela ligada aos direitos privados. O garantismo, que sempre foi elaborado no confronto dos poderes públicos, deve ser também transposto para o confronto dos poderes privados, apenas que não há uma dimensão constitucional para isso, donde há uma idéia de onipotência do mercado. A realização de um modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos direitos do Homem.

pos modernos e adaptar-se às novas necessidades político-sociais. Todavia, quando tais adaptações são frutos de decisões unilaterais, sem a participação popular – que deveria se dar através dos representantes legítimos dos cidadãos – fica a impressão de que o verdadeiro objetivo de tais inovações realizadas “a toque de caixa” é atender às conveniências da política neoliberal implantada e vigente. A mesma política que coloca os interesses do Mercado Financeiro acima dos Direitos Sociais, além do desprezo ao Art. 5º, XXXII - Defesa do Consumidor - .

Ocorre que o Estado neoliberal legisla de acordo com seus anseios e os interesses da minoria pertencente à classe dominante. Nada mais fácil, portanto, que enxergar nessa como em muitas outras MP's, os fortes vínculos do legislador com a chamada *ideologia da classe dominante*.

Nunca será demais recordar que o modelo neoliberal de Estado – versão moderna, repetição piorada do liberalismo de outrora — insiste na tese da intervenção mínima do Estado na economia. Todavia, para atender aos seus projetos, o Executivo não hesita em lançar mão do atributo legislativo, que deveria restringir-se à situações especialíssimas, como ressalta o texto constitucional .

Assim temos assistido às seguidas edições de normas jurídicas com o fim único de saciar a voracidade do *Deus Mercado* (vide instituição da CPMF, a crescente elevação dos encargos do Crédito ao Consumidor, a MP de 31.03.2000 que permite a capitalização dos juros, etc.) sem que o Legislativo atue de fato.⁴

Ressaltamos que o advento da MP 1925 que cria a CCB, coincide com o crescimento do número de queixas nos Procons contra as Instituições Financeiras e com o ingresso maciço de bancos estrangeiros no Brasil.

Segundo notícia divulgada pelo *Jornal do Brasil*, de 13/10/99, portanto, às vésperas da publicação da MP 1925, o Sudameris – agora sob domínio do capital italiano – já abriu 71 novas agências em 1999, sendo 30 em São Paulo e 31 no Rio de Janeiro, dando clara demonstração de seu poderio e das expectativas de lucro em relação ao mercado de varejo. Na mesma matéria, há registro de que o inglês HSBC, o espanhol Bilbao Vizcaya (BBV) e o Banco Bandeirantes (de capital português) estão investindo milhões para abrir novas agências no Brasil, lançar produtos diferenciados e atrair novos clientes. Só o HSBC teria investido R\$75milhões na reformulação de 200 agências.

Para se ter uma idéia do que representa o avanço dos bancos estrangeiros sobre a economia dos brasileiros, o *Jornal Folha de S.Paulo*, de 23.03.00, divulgou que “ *o lucro líquido dos bancos estrangeiros instalados no Brasil cresceu 851,53% em 1999, em comparação com 98. O das instituições nacionais aumentou 57%*”.

Talvez, para os donos do capital que aqui aportam para continuar a exploração econômica, mesmo após nossos 500 anos de história, a MP 1925 tenha extrema *relevância e urgência*. “Eles” precisam ter garantias, de que em caso de inadimplência por parte dos *nativos*, irão receber tudo que emprestaram, acrescidos de gordos lucros que compensem seus investimen-

⁴ sob pena de comprometer o regime democrático. CF/88 - Art. 2º - *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

tos. Tudo bem rápido e asséptico, segundo o adágio *do custe o que custar*.

O Presidente do Banco Central do Brasil, um dos arquitetos da MP 1925, não esconde que o principal objetivo do novo Instrumento de Crédito é tornar *mais fácil e rápida a recuperação dos capitais emprestados pelas Instituições Financeiras*.

Obviamente, há tendência de não levar a discussão para a via contenciosa.

Buscar a arbitragem, parece ser objetivo. Teremos então, com frequência, partes desiguais se enfrentando sem que a parte mais fraca (o devedor) possa contar com as garantias da ampla defesa e do contraditório .

Seria uma tentativa de dificultar ainda mais o acesso, dos menos favorecidos, à justiça ? Seria essa a receita mágica dos neoliberais contra a morosidade do Judiciário?

Alegam que, se por acaso, a cobrança de uma dívida contratada através da CCB for desaguar no contencioso, ainda assim, suas características permitirão que o processo se resolva no máximo em dois anos, contra uma média de cinco anos atuais.

Matéria divulgada pela agência de notícias *Investnews*, em 15/10/00, reproduz declaração do sr. Sérgio Welang, Diretor de Política Econômica do Banco Central, sobre o curto prazo de demanda judicial para resolver uma pendência jurídica envolvendo uma CCB, referindo-se, a uma solução favorável ao Credor, a quem “ representa “.

O fato é que a CCB surge como tí-

tulo executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo ou extratos juntados pelo Credor. É na verdade um título auto-executável, como se fosse uma duplicata.

Fica, portanto, superado o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente não é título executivo, pela ausência de liquidez e certeza (caso dos contratos de cheques especiais, por exemplo).

Sob o enfoque garantista – que visa proteger o cidadão do arbítrio do Estado – o grave desrespeito aos Direitos do Consumidor contido nessa MP é exibido em seu texto que permite a cobrança de honorários advocatícios de até 10% em caso de cobrança extrajudicial e ainda convencionou a capitalização de juros por período diferente do anual (art. 3º, § 1º, IV), dessa forma, legalizando, dessa forma, o anatocismo repudiado por qualquer Tribunal diligente⁵.

Para “dourar a pílula”, os expoentes da classe dominante⁶ têm alardeado em suas entrevistas que a recente MP 1925 chega com a finalidade de contribuir para baixar as elevadas taxas de juros, cuja composição está atrelada ao risco de inadimplência.

Sem entrar no mérito das causas da inadimplência (desemprego, ausência de reposição salarial com inflação mascarada de inexistente, elevação dos custos de vida, falência das empresas nacionais,

5 Infelizmente, o texto Constitucional parece letra morta para nossa classe política, principalmente no que diz respeito ao Capítulo DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA - Art 173- CF - § 4º - *A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

6 “(...) Juros anatocismo. Vedação incidente também sobre instituições financeiras. Exegese do enunciado 121, em face do nº 596, ambas da súmula do STF. Precedentes da Excelsa Corte. (...)” (Resp. 1285 GO, Revista STJ, 03.06.91, 22, 195-460, pág. 197/200).

sucateamento de nossas indústrias, etc.) a lógica neoliberal quer fazer crer que, apenas com a criação da CCB, os custos de manutenção do Sistema Financeiro serão enxugados, com *reflexo imediato* na taxa de juros paga pelos consumidores.

O povo brasileiro que alimenta com seu com seu trabalho os insaciáveis dragões da economia internacional desconhece quais são as verdadeiras razões pelas quais vive sufocado por taxas de juros estratosféricas.

Convém, no entanto, que permaneçam *ignoradas*, pois estão intrinsecamente ligadas à omissão do Estado de suas funções básicas e fundamentais.

Por outro lado, há que se indagar a quem interessa a manutenção das taxas de juros em patamares tão elevados.

Não seriam os próprios *donos do capital*, os maiores interessados nessa situação?

Não seriam eles os verdadeiros impositores da atual Ordem Econômica vigente no Brasil, em desrespeito à Soberania Nacional, e aos demais pressupostos contidos no Art. 170⁷ de nossa Carta Magna? Se assim for, somente a vontade desses *donatários* poderá reduzi-las.

Não há como dissociar a edição da MP dessa realidade, pois as elevadas taxas de juros que engordam nossa *impagável* dívida externa e incrementam a miséria de nosso povo, são as mesmas que também remuneram os capitais virtuais dos poderosos; verdadeiros governantes nos sistemas neoliberais.

Coincidência, ou não, na data em que foi publicada a MP 1925, estava em visita ao Brasil uma missão do FMI, que viera renegociar as metas para o primeiro e o segundo trimestres do próximo ano.

Naquela ocasião, os técnicos do Fundo, chefiados pela diretora-adjunta para a América-latina, Teresa Ter-Minasian, vieram se certificar, durante duas semanas, se o Brasil estava realmente *fazendo a lição de casa*.

Sob a ótica formal e normativa, há diversos pontos controversos a serem aclarados com relação ao novo título de crédito, o que provavelmente só será possível quando do exame de casos concretos pelo Judiciário.

Pelo texto da MP 1925, fica evidente que a CCB (que o BACEN deseja disseminar por todo Sistema Financeiro, para aumentar a eficácia dos recebimentos dos créditos), é um título sujeito às normas do direito cambiário (cfe. Art 20 da MP), dispensando o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e avalistas e terceiros garantidores, além de permitir a capitalização de juros sem qualquer restrição.

Porém, embora seja um cambiário-forme – e portando deveria circular por endosso – seu Art 4º § 1º, expressa que a circulação do novo título se dará por meio de cessão, conforme dispõe o direito comum (CC 1.065/1.078).

Como se pode verificar, com relação à MP 1925, há inúmeros pontos obscuros

7 Segundo Genaro Silveira Papini, advogado de Belo Horizonte(MG), em artigo de dezembro de 1999, disponível via Internet no Site <http://www.jus.com.br> “ A usura foi sacramentada pelo Palácio do Planalto. Ao proceder à leitura da Medida Provisória 1.925/99, podemos cerrar os olhos que, mesmo assim, iremos ter a visão funesta da FEBRABAN ditando ao chefe do executivo o texto editado. A MP 1.925/99, deixou perplexa toda a comunidade jurídica, pois, constitui um gigantesco retrocesso no que tange a direitos dos consumidores e relações bancárias, regressando ao marco inicial todo o avanço conquistado pela população brasileira.”

que necessitam ser cotejados com os textos legais para aferir, se de fato, a CCB apresenta condições mínimas de validade.

Nesse momento, será de grande importância para o Consumidor que o Operador do Direito tenha uma visão garantista e exerça seu dever de criticar

a legislação, tomando por paradigma o texto constitucional.

Embora com reduzidos conhecimentos técnicos da matéria, entendo que a MP 1925 não passaria pelo crivo analítico de um *examinador verdadeiramente democrata*⁸ que se dispusesse a efetuar o controle de sua constitucionalidade .

ANEXO I

Medida Provisória Nº 1.925, de 14 de Outubro de 1999

Dispõe sobre a Cédula de Crédito Bancário

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

CAPÍTULO I

DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Art . 1º A Cédula da Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º A instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional, sendo admitida a emissão da Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

Art . 2º A Cédula de Crédito Bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na Cédula de Crédito Bancário, observadas as disposições do Capítulo II desta Medida Provisória e, no que não forem com estas confl-

8 CF/88 - Art. 170 - *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

tantes, as da legislação comum ou especial aplicável.

Art. 3º A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II - os critérios de atualização monetária, como permitido em lei, ou os critérios de atualização cambial da dívida, na forma do § 2º do art. 1º e nos demais casos permitidos em lei;

III - os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV - os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V - quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI - as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII - a obrigação do credor de emitir extratos da conta-corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo de-

vedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria Cédula de Crédito Bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII - outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições deste Medida Provisória.

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo ou dos extratos da conta-corrente, ou de ambos, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do critério inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Art . 4º A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:

I - a denominação “Cédula de Crédito Bancário”;

II - a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível no seu vencimento ou, no caso de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário, a promessa do emitente de pagar a dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível correspondente ao crédito utilizado;

III - a data e o lugar do pagamento da dívida e, no caso de pagamento parcelado, as datas e os valores de cada prestação, ou os critérios para essa determinação;

IV - o nome da instituição credora, podendo conter cláusulas à ordem;

V - a data e o lugar de sua emissão; e

VI - a assinatura do emitente e, se for o caso, do terceiro garantidor da obrigação, ou de seus respectivos mandatários.

§ 1º A Cédula de Crédito Bancário poderá ser objeto de cessão de acordo com as disposições de direito comum, caso em que o cessionário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, ficará sub-rogado em todos os direitos do cedente, podendo, inclusive, cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

§ 2º A Cédula de Crédito Bancário será emitida por escrito, em tantas vias quantas forem as partes que nela intervirem, assinadas pelo credor, pelo emitente e pelo terceiro garantidor, se houver, ou por seus respectivos mandatários, devendo cada parte receber uma via.

§ 3º Somente a via do credor será negociável, devendo constar nas demais vias a expressão “não negociável”.

§ 4º A Cédula de Crédito Bancário

pode ser aditada, retificada e ratificada mediante documento escrito, datado, com os requisitos previstos no parágrafo anterior, passando esse documento a integrar a Cédula para todos os fins.

CAPÍTULO II

DAS GARANTIAS CEDULARMENTE CONSTITUÍDAS

Art . 5º A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Medida Provisória, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes.

Art . 6º A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

Parágrafo único. O penhor de direitos constitui-se pela mera notificação ao devedor do direito penhado.

Art . 7º A constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância.

Art . 8º O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.

Parágrafo único. A descrição e individualização do bem constitutivo da garantia poderá ser substituída pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a Cédula de Crédito Bancário para todos os fins.

Art . 9º A garantia da obrigação abrangerá, além do bem principal constitutivo da garantia, todos os seus acessórios, benfeitorias de qualquer espécie, valorizações a qualquer título, frutos e qualquer bem vinculado ao bem principal por acessão física, intelectual, industrial ou natural.

§ 1º O credor poderá averbar, no órgão competente para o registro do bem constitutivo da garantia, a existência de qualquer outro bem por ela abrangido.

§ 2º Até a efetiva liquidação da obrigação garantida, os bens abrangidos pela garantia não poderão, sem prévia autorização escrita do credor, ser alterados, retirados, deslocados ou destruídos, nem poderão ter sua destinação modificada, exceto quando a garantia for constituída por semoventes ou por veículos, automotores ou não, e a remoção ou o deslocamento desses bens for inerente à atividade do emitente da Cédula de Crédito Bancário, ou de terceiro prestador da garantia.

Art . 10. Os bens constitutivos de garantia pignoratícia ou objeto de alienação fiduciária poderão, a critério do credor, permanecer sob a posse direta do emitente ou do terceiro prestador da garantia, nos termos da cláusula de constituto possessório, caso em que as partes deverão especificar o local em que o bem será guardado e conservado até a efetiva liquidação da obrigação garantida.

§ 1º O emitente e, se for o caso, o terceiro prestador da garantia responderão solidariamente pela guarda e conservação do bem constitutivo da garantia.

§ 2º Quando a garantia for prestada por pessoa jurídica, esta indicará representantes para responder nos termos do parágrafo anterior.

Art . 11. Para a eficácia, em face de terceiros, de garantia pignoratícia ou de

alienação fiduciária, será suficiente, no caso de veículos automotores de qualquer espécie, a averbação do ônus no respectivo órgão de trânsito, em que deve ser feito o registro para a aquisição ou transferência de direitos.

Art . 12. O credor poderá exigir que o bem constitutivo da garantia seja coberto por seguro até a efetiva liquidação da obrigação garantida, em que o credor será indicado como exclusivo beneficiário da apólice securitária e estará autorizado a receber a indenização para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art . 13. Se o bem constitutivo da garantia for desapropriado, ou se for danificado ou parecer por fato imputável a terceiro, o credor sub-rogar-se-á no direito à indenização devida pelo expropriante ou pelo terceiro causador do dano, até o montante necessário para liquidar ou amortizar a obrigação garantida.

Art . 14. Nos casos previstos nos arts. 12 e 13 desta Medida Provisória, facultar-se-á ao credor exigir a substituição da garantia, ou o seu reforço, renunciando ao direito à percepção do valor relativo à indenização.

Art . 15. O credor poderá exigir a substituição ou o reforço da garantia, em caso de perda, deterioração ou diminuição de seu valor.

Parágrafo único. O credor notificará por escrito o emitente e, se for o caso, o terceiro garantidor, par que substituam ou reforcem a garantia no prazo de quinze dias, sob pena de vencimento antecipado da dívida garantida.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Art . 16. Nas operações de crédito rotativo, o limite de crédito concedido será

recomposto, automaticamente e durante o prazo de vigência da Cédula de Crédito Bancário, sempre que o devedor, não estando em mora ou inadimplente, amortizar ou liquidar a dívida.

Art . 17. Para fins de lavratura de protesto, a Cédula de Crédito Bancário poderá ser encaminhada, por cópia, ou oficial do cartório, desde que a instituição credora declare estar de posse da sua única via negociável e indique o valor pelo qual será protestada, inclusive no caso de protesto parcial.

Art . 18. A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Medida Provisória.

Art . 19. As instituições financeiras, quando autorizadas pelo Banco Central do Brasil e nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão emitir Certificados de Cédulas de Crédito Bancário - CCB com lastro efetivo em Cédulas de Crédito Bancário mantidas em custódia, para negociar esses créditos no mercado nacional ou internacional, com pessoas integrantes ou não do Sistema Financeiro Nacional.

§ 1º As Cédulas de Crédito Bancário emitidas na forma prevista nesta Medida Provisória, que derem origem aos CCB, deverão permanecer custodiadas em instituição financeira autorizada nos termos do *caput*, que fará a cobrança junto aos respectivos devedores.

§ 2º Os CCB poderão ser desdobrados ou reagrupados por conveniência do emitente ou do adquirente.

§ 3º O capital ingressado, no caso

de negociação em mercado externo, será registrado no Banco Central do Brasil mediante comprovação da efetiva negociação das divisas no País.

§ 4º Os CCB poderão ser emitidos sob a forma física ou escritural e, em ambos os casos, registrados em arquivos magnéticos organizados pelo emitente, dos quais constarão:

I - o local e a data de emissão;

II - o nome do depositante das Cédulas de Crédito Bancário;

III - o nome da instituição financeira emitente;

IV - a denominação “Certificado de Cédula de Crédito Bancário - CCB”;

V - a expressa indicação da respectiva cédula ou cédulas sob as quais tiver sido emitido, o valor de principal, os encargos convencionados e a época da amortização, total ou parcial, e o vencimento final;

VI - o nome dos emitentes devedores das Cédulas de Crédito Bancário; e

VII - o lugar e as datas de pagamento do resgate de principal e dos encargos das Cédulas de Crédito Bancário.

§ 5º O CCB poderá ser transferido mediante endosso ou termo de cessão, se escritural, devendo, em qualquer caso, a transferência ser datada e assinada pelo seu titular ou mandatário com poderes especiais e averbada junto à instituição emitente, no prazo máximo de dois dias.

§ 6º As despesas e os encargos decorrentes da transferência e averbação de CCB serão suportadas pelo cessionário, salvo convenção em contrário.

CAPÍTULO IV

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art . 20. Aplica-se às Cédulas de Crédito Bancário, no que não contrariar

o disposto nesta Medida Provisória, a legislação cambial, dispensado o protesto para garantir o direito de regresso contra endossantes, avalistas e terceiros garantidores.

Art . 21. Esta Medida Provisória en-

tra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de outubro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

ANEXO II

Breves comentários sobre a cédula de crédito bancário

A recente Medida Provisória nº 1.925, de 14.10.99, instituiu no direito pátrio a cédula de crédito bancário. O instrumento tem em vista, precipuamente, assegurar às instituições financeiras a recuperação mais rápida dos capitais emprestados a seus clientes, diminuindo com isso a inadimplência e, conseqüentemente, permitindo (esperase) a redução das taxas de juros cobradas atualmente.

Guarda o instituto semelhança com as cédulas de crédito rural, industrial e comercial, instituídas, respectivamente, pelos Decretos-Lei nº 167/67, 413/69, 6.840/80. Tanto que é considerado (art. 20 da Medida provisória em questão) título sujeito às normas de direito cambiário, dispensado o protesto para o exercício do direito de regresso contra endossantes, avalistas (Decreto-Lei nº 167/67, art. 60, caput; e Decreto-Lei nº 413/69, art. 52) e terceiros garantidores. Além disso, permite a capitalização de juros sem qualquer restrição (note-se que a súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça faculta a capitalização mensal dos juros nos títulos já citados).

Sendo título cambiariforme, deveria circular por meio de endosso. Todavia,

a Medida Provisória em comento dispôs, em seu art. 4º, § 1º, que a circulação do título dá-se por meio de cessão, conforme as disposições de direito comum, ou seja, de acordo com o disposto no Código Civil, arts. 1.065/1.078. É de estranhar-se essa restrição, considerando que o endosso cambiário não tem a restrição da cessão civil, que só tem eficácia perante terceiros (Código Civil, art. 1.067) quando efetuada via instrumento público ou particular, esse revestido das solemnidades estatuídas pelo código substantivo, art. 135, o que obriga inclusive o registro do instrumento no Cartório de Registros Especiais de Títulos e Documentos.

Ademais, a cessão de crédito, conforme o Código Civil, art. 1.069, só é eficaz perante o devedor quando dela for notificado. Ou seja, não havendo notificação do devedor, ainda que posterior à cessão, o cessionário, não pode cobrar o crédito cedido. Constata-se, assim, uma contradição do legislador, na medida em que tipifica o título como sujeito às normas de direito cambiário, mas impede seu endosso na forma do direito cambial (que, é sabido, dá-se pela simples aposição da assinatura do credor no verso do título), exigindo para a transferência do crédito formalidades impensáveis e totalmente dispensáveis no mundo moderno. Ainda

mais quando o objetivo do instituto é, como se disse alhures, facilitar a cobrança do crédito por parte do credor.

Novidade do instituto é a permissão de cobrança de honorários advocatícios (no máximo 10%) em caso de cobrança extrajudicial, que, segundo entendimento de alguns, seria vedada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O novo título pode ter garantia real ou fidejussória (art. 6º da Medida Provisória). No primeiro caso, qualquer forma de garantia é admitida, inclusive de bens imateriais (por exemplo, direitos autorais), futuros (colheita de determinado produto agrícola), fungíveis ou consumíveis (por exemplo, o estoque de determinado produto vendido por um comerciante - varejista ou atacadista).

E, como o instituto permite que a garantia seja instrumentada via alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei nº 911/69), abre-se uma exceção para que tal seja constituída de bens fungíveis ou consumíveis, que o Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção, Embargos de Divergência no REsp nº 19.915-8-MG, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgados em 28.10.92, in DJU 17.12.92, pág. 24.207; RSTJ 65/444, entre outros) proclamou inadmissível.

No art. 11 da Medida Provisória, dispõe-se que em sendo o bem dado em penhor ou alienado fiduciariamente veículo automotor de qualquer espécie, a eficácia perante terceiros dá-se tão-somente com o registro do instrumento no órgão de trânsito onde o mesmo esteja emplacado, dispensando-se expressamente, assim, o registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, exigido por alguns julgados. Para as demais espécies de garantias, entretanto, o art. 18 erige o registro

no Cartório respectivo (por exemplo, Ofício Imobiliário, sendo imóvel), como requisito para a eficácia perante terceiros.

Em que pese a desnecessidade de protesto cambial da Cédula de Crédito Bancário, inclusive e especialmente para o exercício do direito de regresso (art. 20, já referido), o credor poderá optar por proceder no aponte do título, para que seja protestado. Nesse caso, conforme o art. 17, dispensa-se a apresentação do original, podendo ser encaminhada ao Tabelião de Protestos uma cópia, declarando a instituição credora estar na posse do original. Em que pese não haja a exigência no referido artigo 17, entendemos, pela gravidade da medida, que a cópia encaminhada ao Tabelião de Protestos deve ser autenticada em cartório.

A maior novidade do instituto, entretanto, é o fato de que o saldo devedor dos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, concedido pelas instituições financeiras a seus clientes, e comumente denominados de contratos de cheque especial, quando deferidos via emissão da cédula de crédito bancário, poderá ser cobrado via processo de execução. Isso porque dispõe o art. 3º, caput, da medida provisória questionada, que a cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º (grifamos). Supera-se, com isso, o entendimento jurisprudencial, consolidado inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o contrato de abertura de crédito em conta-corrente não é título executivo, pela ausência de liquidez e certeza.

O § 2º do mesmo artigo explicita quais os requisitos para que o contrato de abertura de crédito caracterize título executivo líquido. No inciso I, refere o legislador que os cálculos do credor deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento todos os lançamentos efetuados, inclusive e especialmente os encargos e despesas contratuais devidas. Não basta, assim, a juntada de extratos da conta-corrente, onde há simples menção a códigos diversos, só conhecidos da instituição financeira, ao lado dos respectivos valores. Há, no nosso entender, exigência de que os extratos caracterizem (usando palavras ou expressões facilmente entendíveis - por exemplo, cheque compensado, débito de juros, depósito efetuado, etc.) um por um dos lançamentos efetuados, as taxas de juros e atualização (monetária ou cambial), de modo que qualquer pessoa possa, mediante simples cálculos, chegar ao saldo devedor apresentado.

Do mesmo modo (inciso II), a planilha de cálculo ou extrato deve discriminar as parcelas do crédito aberto, os aumentos do limite de crédito, as eventuais amortizações (depósitos efetuados pelo correntista) e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Aspecto importante é o disposto no art. 3º, § 1º, inc. VII, da citada medida provisória, onde consta que da cédula de crédito bancário poderá constar a obrigação do credor de emitir extratos da conta-corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor.

Aqui, entendemos que tal não é apenas faculdade do credor, mas deve constituir-se em obrigação, até porque dos lançamentos efetuados na conta-corrente é que resultará o saldo devedor que, havendo inadimplemento, poderá ser cobrado pela via executiva. E, no caso, temos que o banco não só deverá fornecer os extratos gratuitamente, mas também remetê-los por qualquer meio (inclusive eletrônico) ao correntista, para que ele possa acompanhar o movimento de sua conta, dispensando-o da obrigação de obter pessoalmente tais extratos.

De salientar, por fim, que para os que entendem aplicável ao crédito bancário (especialmente aquele massificado) as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, obviamente que devem elas ser observadas no que não colidirem com a nova medida provisória. E, na medida em que o legislador não liberou as taxas de juros cobradas, ainda que não se entenda auto-aplicável a limitação do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, nem aplicável o Decreto nº 22.626/33 aos bancos, há como se limitar as taxas cobradas, inclusive em caso de inadimplemento, quando forem abusivas ou configurarem vantagem manifestamente excessiva em detrimento do correntista, por força do art. 51, caput, IV e X, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Porto Alegre, 15 de novembro de 1999.
*Pedro Luiz Pozza*⁹ - Juiz de Direito, Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS - *E-mail* ppozza@zaz.com.br

9 Vide comentário sobre a MP 1925, de autoria do Juiz de Direito, Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS, Pedro Luiz Pozza, de 15.11.99. publicado no Jornal Gazeta Mercantil e também disponível via Internet no endereço, <http://www.ajuris.org.br>, sob o título *Breves comentários sobre a cédula de crédito bancário*, o qual recomendamos para leitura. Ressaltamos que tal comentário prende-se mais à parte normativa formal, sem analisar o assunto sob a ótica garantista, que é a proposta deste Trabalho.

referências bibliográficas

BRASIL, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, *publicada no Diário Oficial da União, de 12 de novembro de 1990*, em Suplemento. Obra coletiva, 10ª edição atualizada, 1998, São Paulo: Saraiva.

BRASIL, Constituição Federal do Brasil, publicada no *Diário Oficial da União nr. 191-A, de 05 de outubro de 1988*. Obra coletiva, 21ª edição, atualizada e ampliada, 1999, São Paulo: Saraiva.

DIREITO JUSTIÇA & INFORMÁTICA [Home Page <http://www.dji.com.br>]

FERRAJOLI, Luigi – Entrevista concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em Roma. Internet [Home Page <http://www.ibccrim.com.br/teoria.htm>].

GOVERNO FEDERAL - Subchefia para assuntos jurídicos da Presidência da República – Site Oficial [Home Page <http://www.planalto.gov.br/index.htm>].

INVESTNEWS - Serviço de notícias em tempo real do Jornal Gazeta Mercantil
[Home Page <http://www.gazetamercantil.com.br/webnews/index.htm>].

JORNAL DO BRASIL, edição de 13/10/99.

JORNAL FOLHA DE S.PAULO, edição de 23/03/00.

PAPINI, Genaro Silveira, *Na Calada da noite: MP 1925/99 e usura* Comentários sobre a Medida provisória 1.925, Revista eletrônica Jus Navegandi, texto elaborado em **dezembro 1999**, [Home Page <http://www.jus.com.br>].

POZZA, Pedro Luiz, *Breves comentários sobre a cédula de crédito bancário*, Informativo eletrônico da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 23/11/99, [Home Page http://www.ajuris.org.br/ind_gaz.htm].



DIREITO E LINGÜÍSTICA

UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE

Ormezinda Maria Ribeiro *

sumário

01. Introdução
02. Direito e Linguagem
03. Direito e Pragmática
04. Retórica e Argumentação
05. Conclusão
06. Referências Bibliográficas.

resumo

O homem, um ser social por natureza, utiliza-se de símbolos para mediatizar sua relação com os semelhantes ou com a própria natureza. Esta interação social do homem na linguagem ou através dela caracteriza-se, fundamentalmente, pela argumentatividade. É através de seu discurso, ou ação verbal dotada de intencionalidade, que o homem tenta influir sobre o comportamento de seu semelhante ou fazer com que este compartilhe de suas opiniões. Portanto, o ato de argumentar constitui-se em um ato lingüístico fundamental, pois passamos a maior parte de nosso tempo defendendo nossos pontos de vista. O operador do direito usa a linguagem para exercer o seu papel, para argumentar. Não há como pensar o Direito sem a sociedade, assim como não se pode pensar a sociedade sem a linguagem. Neste artigo esperamos propor uma reflexão sobre o caráter interdisciplinar da Lingüística, mostrando sua relação de complementaridade com a Ciência Jurídica.

Palavras-Chave: Direito. Lingüística. Argumentação.

1 INTRODUÇÃO

“Todo conhecimento científico se desdobra num universo de linguagem; aceitando provisoriamente a língua usual ou criando uma para seu uso, a Ciência requer necessariamente, como condição transcendental, um sistema lingüístico ”

GRANGER, 1974, p. 133

No campo das Ciências Jurídicas, vem se postulando já há algum tempo a necessidade de uma abertura para as áreas

as conexas, no sentido de destacar a importância e a contribuição das ciências afins para esta ciência específica.

Muitos juristas vêm dando especial relevância à ciência da linguagem: o operador do direito usa a linguagem para exercer o seu papel, para argumentar, persuadir, enfim, para a própria explicitação do objeto da Ciência Jurídica.

O homem, um ser social por natureza, utiliza-se de símbolos para mediatizar sua relação com os semelhantes ou com a própria natureza. Esta interação social do homem na linguagem ou através dela

* Ormezinda Maria Ribeiro, Mestre em Lingüística pela UFU; Doutoranda em Lingüística pela UNESP; Professora do Instituto de Formação de Educadores da Universidade de Uberaba

caracteriza-se, fundamentalmente, pela argumentatividade. É através de seu discurso, ou ação verbal dotada de intencionalidade, que o homem tenta influir sobre o comportamento de seu semelhante ou fazer com que este compartilhe de suas opiniões. Portanto, o ato de argumentar constitui-se em um ato lingüístico fundamental.

Assim, a linguagem pode ser encarada como instrumento, como forma de ação do jurista dotada de intencionalidade, caracterizando-se, portanto, pela argumentatividade.

Um estudo sobre argumentação seria justificado basicamente por esta razão, entretanto, pretendemos neste artigo dar ênfase à necessidade de se dar maior destaque aos estudos da linguagem, considerando-a como atividade meio e não como atividade fim. Em outras palavras: a linguagem não será vista aqui como metalinguagem, mas como instrumento de operação da Ciência Jurídica.

Nossa preocupação não é a de levar apenas o conhecimento teórico da língua, mas sobretudo ao conhecimento da capacidade de refletir, argumentar e persuadir no campo das Ciências Jurídicas.

Para tal dividiremos este trabalho em uma síntese das relações entre Direito e Lingüística, mais especificamente consideraremos a relação direito e linguagem mostrando em linhas gerais a corrente lingüístico-epistemológica conhecida como Positivismo Lógico e as novas tendências da pesquisa semiológica para o direito: a semiologia política ou do poder, conforme WARAT (1994). Em seguida apresentaremos a relação Direito e Pragmática e algumas considerações sobre retórica e argumentação.

2

DIREITO E LINGUAGEM

WARAT (1995, p.37) destaca que é a linguagem que permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, funcionando também como meio de controle de tais conhecimentos. Com essa asserção apresenta a corrente lingüístico-epistemológica conhecida como Positivismo Lógico, mostrando como os positivistas lógicos estabelecem uma estreita relação entre conhecimento e linguagem.

De acordo com esta corrente, o conhecimento pode ser obscurecido por situações de natureza estritamente lingüística, o que significa dizer que uma linguagem defeituosa pode distorcer nossa compreensão das coisas.

Assim, o Positivismo Lógico enfatiza o rigor discursivo como paradigma de ciência, enfatizando que fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa a realidade, o que implica considerar a linguagem como elemento base para a determinação das outras ciências.

Para o Positivismo Lógico a ciência, então, se faz com a linguagem, sendo, contudo, a própria linguagem.

Neste prisma WARAT (1995, p.38) destaca, através da visão do Positivismo Lógico, a importância fundamental da linguagem para a Ciência do Direito, uma vez que esta só pode construir seu objeto por intermédio da própria linguagem, entretanto, acrescenta aos seus estudos questões de ordem pragmática.

A linguagem, ou a representação simbólica do mundo, seria objeto específico da Lingüística, mas a partir de Saussure (1875-1913) é abordada de forma multidisciplinar. O lingüista de

Genebra contribui sobremaneira para a instauração da Lingüística como ciência ao estabelecer o seu objeto, através da célebre dicotomia “*langue/parole*”. Para Saussure, a “*langue*” ou a língua como código das enunciações individuais é o objeto da ciência da linguagem.

Todavia, a linguagem, nas suas mais diversas formas de manifestação é o instrumento que serve de aparato técnico às demais ciências.

WARAT (1995, p.52), ao proceder a uma análise do neopositivismo lógico abordando os problemas epistemológicos da linguagem, apresenta uma tipologia das linguagens conforme esta corrente, classificando-as em: *naturais ou ordinárias, de estrutura especificada ou técnicas e formais*, ressaltando que os dois últimos tipos são variações gradativas das linguagens artificiais da ciência.

A linguagem natural é utilizada na comunicação em geral levando em conta diversos fatores em sua significação, tais como a situacionalidade, a intencionalidade, a interlocução, as condições de produção. Enfim, depende do contexto comunicacional em que é produzida, ao passo que a linguagem técnica se presta à construção de linguagens especializadas, que requerem precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições.

WARAT (1995, p.53) afirma que as linguagens especializadas, na concepção dos neopositivistas: “*são linguagens nas quais o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas fica excluído.*”

Nesta concepção há uma clara tentativa de se tirar da linguagem os componentes políticos, a ideologia e as incertezas comunicacionais da linguagem

natural e uma tendência à construção de uma linguagem exclusivamente controlada por leis sintáticas, que sejam precisas e unívocas, sem nenhuma consideração pragmática.

Segundo este autor, o interesse dos cientistas vinculados à corrente neopositivista é o de atingir um nível formal para as suas linguagens, ideal este, que está longe de ser atingido nas ciências sociais e cujas vantagens de tal conquista são discutíveis.

Quanto à afirmação contra-ideológica da epistemologia neopositivista nos reportaremos a uma observação de uma lingüista: “*todo e qualquer discurso subjaz uma ideologia, na acepção mais ampla do termo.*” (KOCH 1996, p.19).

Não há, segundo esta autora, um discurso neutro, ingênuo, pois até mesmo neste tipo de discurso está contida uma ideologia- a da própria objetividade. A neutralidade é apenas um mito.

Embora alguns juristas sustentem o caráter fechado da linguagem legal, vista por seus produtores como uma linguagem técnica, o Positivismo Lógico explícita que a linguagem da lei não é mais do que uma variedade da linguagem natural. De acordo com WARAT (1995, p.55) a linguagem da teoria jurídica cumpre importantes funções políticas e ideológicas, operando em um nível de significação prescritiva encoberto nos próprios textos legais.

Tanto a linguagem natural, quanto a linguagem técnica é produzida por uma combinação de signos. A língua, na teoria saussureana, é considerada como um sistema, cuja unidade mínima de análise é o signo lingüístico, que por sua vez é uma entidade de dupla face composta por

um significante (indício material) e um significado (conteúdo conceitual).

BAKHTIN (1995, p.16) entende o signo como sendo uma entidade necessariamente ideológica. Para esse autor, há uma transferência em nossas mentes dos elementos significativos isoláveis de uma enunciação. A cada enunciação de outrem que estamos no processo de compreender, fazemos corresponder uma série de palavras nossas. A significação, seu ponto de vista, pertence a uma palavra enquanto traço de união entre os interlocutores, ou seja, ela só se realiza no processo da compreensão em que há ação e interação. Sob este prisma, o signo, ideológico, se realiza, então, na dialogia. Há que se compreender que cada palavra emitida segundo Bakhtin (1981, p.113): “*é determinada tanto pelo fato de que precede de alguém, como pelo fato de que se dirige para alguém*”.

A significação é efeito da interação do locutor e do receptor, produzido através do material de um determinado complexo sonoro, conforme ressalta BAKHTIN (1995, p.132): “*É como uma faísca elétrica que só se produz quando há contato de dois pólos opostos.*”

Nessa perspectiva, todo signo é ideológico. Tudo que é ideológico possui um significado (um valor semiótico) e remete a algo situado fora de si mesmo. A ideologia só existe pelo signo, que por sua vez pode distorcer a realidade, ser-lhe fiel ou apreendê-la de um ponto de vista específico.

A palavra é o signo ideológico por excelência e toda a sua realidade é absorvida por sua função de signo. No entanto, existem outras manifestações do pensamento ideológico que integram-se ao discurso e não têm existência própria

as se totalmente isoladas dele. Todavia, nenhum signo ideológico específico é inteiramente substituível por palavras.(BAKHTIN, 1981, p.36).

O signo cruz, por exemplo, reflete e refrata outra realidade que não é a cruz, como valor intrínseco a si mesmo, mas o cristianismo e toda a carga ideológica nele contido.

Se pensarmos a ideologia como sistema de idéias, crenças representações e práticas institucionalizadas que orientam a atividade social, observaremos que é através da linguagem que ela se estabelece como fato natural. Para WARAT (1994, p.146) a função última de toda mensagem é ideológica. Podemos ainda nos reportar à Bakhtin, quando este nos mostra que a realidade da consciência é a linguagem, que os conteúdos da consciência são lingüísticos. Portanto, sem linguagem não se pode falar em psiquismo humano, mas somente em processos fisiológicos ou processos do sistema nervoso, pois não há uma atividade mental independente da linguagem. Assim, o discurso não é expressão de uma consciência, mas pelo conjunto de discursos interiorizados pelo indivíduo, que por sua vez formam a consciência. “*Se os discursos são sociais, a consciência também o é*”, é o que afirma FIORIN (1988, p. 16).

Segundo a noção proposta por Saussure, o signo lingüístico aparece como sendo um objeto que apresenta uma estreita unidade entre suas duas faces, o significante e o significado “*como as duas faces de uma folha de papel*” e une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. O significante é a imagem da forma fônica, enquanto o significado é uma imagem

mental da coisa, que pode ter uma relação onomasiológica com outros significados tais como: “*pata*”, “*duck*”, “*canard*”, “*ente*” e “*anatra*”, nos idiomas português, inglês, francês, alemão e italiano, respectivamente.

O liame entre significante e significado é arbitrário, mas a medida em que é imposto pela língua, torna-se necessário para quem fala.

Tanto filósofos quanto lingüistas concordam que o pensamento tomado em si mesmo é uma *massa amorfa* e indistinta como uma nebulosa em que nada é delimitado e não pode ser captado a não ser formado e atualizado na língua.

A língua é para SAUSSURE (1972, p.131) comparável a uma folha de papel, em que o pensamento é a face e a imagem acústica é o verso. Não há como isolar a imagem acústica do pensamento, nem o pensamento da imagem acústica, da mesma forma que não se pode recortar a face de um papel sem recortar ao mesmo tempo o seu verso.

O homem, segundo LOCKE (1991, p.91) tendo dentro de si uma infinidade de pensamentos que não podem manifestar-se por si mesmos, vê, na perspectiva de viver em sociedade, a necessidade de desvendar certos sinais sensíveis externos, por meio dos quais, as idéias invisíveis das quais seus pensamentos são formados, pudessem ser conhecidas dos outros.

Assim, ao manifestar seus pensamentos, as pessoas se utilizam de um código lingüístico, cujo sistema é formado por signos, sem os quais seria impossível distinguir duas idéias de maneira clara e constante.

O papel do signo lingüístico é, pois, o de representar, tomando o lugar de

outra coisa, evocando-a como substituto, como afirma BENVENISTE (1989, p.51).

ECO (s/d) chamou de signo aquilo que está no lugar de outra coisa. Quando se diz que “algo” está por “outra coisa”, não se quer dizer que o signo equivale a esse “algo.” Uma palavra é um signo porque designa algo que não é ela, mas é representado por ela. Ao emitirmos signos pensamos indicar coisas. Se entendemos o signo como alguma coisa que está em lugar de outra, ou por outra, estamos classificando-o como elemento no processo de significação.

SAUSSURE (1972, p.81) chamou de signo a combinação do conceito e da imagem acústica. A partir do “COURS DE LINGUISTIQUE GÉNÉRALE”, conceito passou a ser denominado significado e imagem acústica significante. O signo lingüístico, portanto, é uma entidade dupla, cujo elo que une seus dois termos, ambos psíquicos, é arbitrário, assim como a relação do signo com a coisa extra-lingüística também o é.

Com Saussure, o signo foi instaurado como unidade de língua e passa a ser a unidade mínima da frase. Para este autor, o signo lingüístico une não uma coisa a um nome, mas um conceito a uma imagem acústica. A imagem acústica não é o som material, mas a impressão psíquica deste som. Ela é a representação natural da palavra enquanto fato de língua virtual, fora de toda a realização da fala.

Saussure entende que o signo é arbitrário, ou seja, o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado com o qual não tem nenhum laço natural na realidade.

Para BENVENISTE (1995, p.57) o arbitrário só existe em relação com o fe-

nômeno ou o objeto material e não inter-vém na constituição própria do signo.

A língua em virtude de sua própria estrutura, se apresenta como um instrumento de comunicação que é e deve ser comum a todos os membros da sociedade, porque está investida de propriedades semânticas e porque funciona como uma máquina de produzir sentido. A língua permite a produção indefinida de mensagens em variedades ilimitadas, cuja propriedade única deve-se à sua estrutura composta de signos, de unidades de sentido, numerosas, mas finitas que entram em combinação ao serem regidas por um código e que permitem um número cada vez maior de mensagens, já que o efetivo dos signos aumenta sempre e as possibilidades de utilização e combinação desses signos aumentam conseqüentemente. Portanto, há duas propriedades inerentes à língua, em seu nível mais profundo: a que é constitutiva de sua natureza de ser formada de unidades significantes, e a de que é constitutiva de seu emprego de poder arranjar estes signos de maneira significante. Uma terceira propriedade une as duas, a propriedade sintagmática, ou seja, a de combiná-los através de certas regras de consecução e somente de certa maneira. Por conseqüência, a língua é o instrumento próprio para descrever, para conceituar, para interpretar tanto a natureza quanto a experiência que se chama sociedade. A língua pode, graças a esse poder de transmutação da experiência em signos, tomar como objeto qualquer ordem de dados e até a sua própria natureza. BENVENISTE (1989, p.98) destaca que existe a metalinguagem, mas não há a metassociedade e afirma que o vocabulário é o aspecto que é melhor explo-

rado da relação língua/sociedade, conservando testemunhos insubstituíveis sobre as formas e as fases da organização social, sobre os regimes políticos, sobre os modos de produção que foram sucessiva ou simultaneamente empregados.

Todavia, há que se considerar que as palavras não têm realidade fora da produção lingüística, pois elas existem nas situações nas quais são usadas, daí a importância do contexto para a construção do sentido.

De acordo com BENVENISTE (1989, p.232) a polissemia é a soma institucionalizada de valores contextuais, sempre instantâneos, aptos a se enriquecer e a desaparecer, ou seja, sem valor constante, sem permanência, mas sempre em resposta às necessidades imediatas de comunicação de uma sociedade.

Cabe aqui uma outra consideração: de que cada um fala a partir de si. Para cada falante o falar emana dele e retorna a ele, cada um se determina como sujeito com respeito ao(s) outro(s). A língua fornece ao falante a estrutura formal de base, que permite o exercício da fala. Fornece o instrumento lingüístico que assegura o duplo funcionamento subjetivo e referencial do discurso: é a distinção indispensável entre o eu e o não- eu apresentada na língua pelos pronomes.

A inclusão do falante em seu discurso, a consideração pragmática que coloca a pessoa na sociedade enquanto participante e que desdobra uma rede complexa de relações espaço- temporais determinam os modos de enunciação.

O conhecimento de mundo é determinado pela expressão que ele recebe e a linguagem, enquanto reprodutora deste mundo, o submete à sua própria organização. É a inteligência que possibilita

3

DIREITO E PRAGMÁTICA

ao indivíduo colher, recolher e reunir os dados oferecidos pela percepção, imaginação, memória e linguagem, formando redes de significações com as quais organiza e ordena o mundo, recebendo e dando um sentido a ele e fazendo-se conhecer através do recurso dos signos da língua, com os quais o indivíduo promove o agenciamento sintagmático.

A língua, no interior da sociedade, pode ser encarada como um sistema produtivo, pois ela produz sentido, graças à sua composição de significação e graças ao código que condiciona este arranjo. Ela produz também enunciações graças a certas regras de transformação e de expansão formais. E é neste prisma que a linguagem, no Direito deve ser enfocada, não como algo estanque, pronta, acabada e imutável, mas como uma reflexão da estrutura de uma língua viva, cotidiana, que serve a toda uma sociedade. Sociedade esta, que a condiciona e estabelece como patrimônio sócio - cultural.

Compreendendo a estrutura do sistema lingüístico, cuja entidade de base é o signo, ressaltado o seu caráter ideológico previsto por Bakhtin, podemos então chegar à questão da linguagem jurídica.

WARAT (1994, p.31), ao afirmar que: *“a semiologia deve ser vista como uma metodologia crítica dos próprios métodos de interpretação”*, mostra que a análise semiológica coloca os meios de interpretação como códigos ideológicos que se prestam à produção dos significados normativos, ou seja, os métodos servem para a produção de redefinições indiretas das palavras da lei. O que significa dizer que a semiologia, ou a ciência que estuda a vida dos signos no seio social, nos mostrará como realmente os juízes produzem significados convincentes.

Foi com o surgimento da Pragmática que o estudo do discurso e conseqüentemente, o da argumentação ou retórica passou a ocupar papel de destaque nas pesquisas sobre a linguagem.

A interação social do homem na linguagem é objeto de estudo da Pragmática. Cabe à Pragmática o estudo da relação dos signos com os usuários. E esta interação social por meio da língua caracteriza-se basicamente pela argumentatividade. Por ser dotado de vontade e razão, o homem a todo tempo forma juízos de valor e através de seu discurso tenta influir sobre o comportamento de seus semelhantes, buscando a adesão para determinadas opiniões. Por isso é que pode afirmar que o ato de argumentar constitui o ato lingüístico fundamental, pois o que o homem faz é orientar o discurso no sentido de determinadas conclusões, mediante a adesão de suas teses.

PERELMAN (1996, p.50) destaca que a argumentação caracteriza-se como um ato de persuasão, uma vez que visa a provocar ou a incrementar a adesão dos espíritos às teses apresentadas ao seu assentimento e estabelece uma diferença básica entre convencer e persuadir. Segundo este filósofo e jurista belga, o ato de convencer se dirige unicamente à razão, através de um raciocínio estritamente lógico. Convencer (vencer com), chegar junto, com razão, conduzindo à certezas. Já o ato de persuadir, por sua vez, procura atingir o sentimento, a emoção, a vontade do interlocutor e tem caráter ideológico, subjetivo, conduzindo à inferências que levem o interlocutor à adesão.

A Pragmática, como já nos referimos é a parte da Lingüística que trata da relação dos signos com os usuários. Os signos são unidades da língua, que juntos compõem um sistema e são, conforme Bakhtin, ideológicos por natureza.

WARAT (1995, p.46-47) salienta que a ideologia além de estar presente no discurso natural, também constitui um sistema de evocações contextuais que despontam no uso pragmático do discurso científico. Assim, segundo este jurista, a análise pragmática, quando vinculada à temática da ideologia, impõe a necessidade de realizar leituras ideológicas dos discursos da ciência. Dessa forma, a pragmática, projetada no discurso do direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais.

Em adesão à nossa tese inicial, proposta na introdução deste trabalho, que aborda o fato de se dar ênfase às ciências conexas no campo das Ciências Jurídicas cabe aqui uma citação de um jurista. (WARAT 1995, p.47):

“A partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido de que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatos políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade. Desta forma realizar estudos jurídicos à margem da análise pragmática constitui uma atitude “cientificista”. (...) Não se

pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados.”

4

RETÓRICA E ARGUMENTAÇÃO

A questão da argumentação é objeto de estudo, desde a antigüidade grega, sendo tratada pela Retórica. Retórica, ou arte de convencer e persuadir, surgiu, de acordo com ABREU (1999, p.27) em Atenas, na Grécia antiga, quando os atenienses viviam a primeira experiência de democracia de que se tem notícia na História, ao consolidarem, na prática, os princípios do legislador Sólon .

Retórica é o estudo das propriedades do discurso e comporta o estudo de dos seus três componentes essenciais: *a inventio* (temas e argumentos), *a dispositio* (arranjo das partes), *a elocutio* (escolha e disposição das palavras), *a actio* (modo de enunciação) às quais os romanos acrescentaram ainda *a memória* (retenção do material a ser transmitido).

Os tipos de discurso definidos pela retórica são, segundo MOSCA (1999, p.28-29):

a) O discurso deliberativo - o que trata de questões ligadas à coletividade, cujas finalidades são aconselhar e persuadir. Por exemplo, pronunciamentos da igreja desaconselhando a legalização do aborto;

b) O discurso judiciário- sustentado a fim de acusar ou defender, visando a destruir argumentos contrários. Como exemplo, temos o discurso do promotor nos tribunais;

c) O discurso epidítico- é o que procede ao elogio, ou à censura. Cumpre uma função social e cívica, ligando-se a questões de ética pública. Seria o caso dos discursos comemorativos, em ocasiões solenes, como uma formatura.

WARAT (1995, p.86) lembra-nos que a retórica atual baseia-se na retórica clássica, observando BARTHES (1975, p.151) que afirma ter a retórica do discurso nascido por volta de 485 a.C., como uma reflexão sobre o discurso para a defesa da propriedade.

Atualmente, os trabalhos de Perelman deram novo impulso aos estudos sobre argumentação, quando este filósofo e jurista, tentando aliar os principais elementos da Retórica de Aristóteles a uma visão atualizada do assunto elaborou a “Nova Retórica”. A partir de uma reflexão sobre as funções do discurso, o lingüista belga estabelece bases diferenciadas para a teoria do conhecimento, procurando reabilitar uma teoria da argumentação que reencontre a tradição aristotélica.

Vista por Perelman como um ato de persuasão, a retórica visa a adesão dos espíritos às teses apresentadas, não se constituindo apenas em um instrumento de comunicação, ponderando que não há discurso neutro. Quanto a este pormenor, lembramos a teoria de Bakhtin que considera a palavra como um signo ideológico por excelência, na qual o lingüista russo observa que:

“ a verdadeira realidade da linguagem não é o sistema abstrato de formas lingüística, nem a fala monológica isolada, nem o ato psicofisiológico de sua realização mas o fato social de interação verbal que se cumpre em um ou mais enunciados.”

(VOLOSHINOV, 1976:145).

BAKHTIN (1981, p.113) caracteriza a linguagem como fundamentalmente dialógica, sendo a palavra um ato de duas faces, determinado tanto por quem o emite, quanto por quem recebe. Dialógico para este lingüista, não é necessariamente uma conversa entre duas pessoas, segundo seu ponto de vista, até quando se escreve, se tem presente o outro, mesmo que virtualmente.

Sobre a intertextualidade, KRISTEVA (1974, p.64) faz a seguinte asserção:” *Todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção ou transformação de um outro texto.*”

WARAT (1994, p.14), corroborando esta afirmação, admite, no plano jurídico, a existência de um princípio de intertextualidade, segundo o qual o sentido de um texto depende de sua própria história e esta, por sua vez, do diálogo que mantém com os outros textos de sua cultura. Salientando que todo discurso é feito com um conjunto de citações, que embora anônimas regulam a produção dos diferentes enunciados jurídicos, aproximando-nos de um modo oblíquo, da idéia de “senso comum dos jurista”, WARAT (1994, p.15) ressalta as dimensões políticas dos sistemas de enunciação. O que significa dizer que os juristas contam com alguns costumes intelectuais que são tidos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades, encoberta pela linguagem.

Em outra obra, WARAT (1995, p.102-103), pertinentemente observa que os estudos lingüísticos e semiológicos do direito necessitam acompanhar o salto teórico que a própria Lingüística e Semiologia estão tentando produzir e que a semiologia política deve se ocupar da

linguagem que se produz e se espalha sob a proteção do poder, considerando-se que as instituições sociais oficializam as linguagens, expropriando e reduzindo as significações enunciadas.

Neste aspecto são pertinentes as observações de VOGT, (1977, p. 45) às quais me reportarei para encerrar minhas considerações:

“ Se a linguagem falasse apenas à razão e constituísse, assim, uma ação sobre o entendimento dos homens, então ela seria apenas comunicação. Mas, ao mesmo tempo em que ela depreende o conjunto de relações necessárias da razão, ela também articula o conjunto de relações necessárias da existência. E, nesse sentido, o seu traço fundamental é argumentatividade, a retórica, porque é este traço que a representa, não como marca de diferença entre o homem e a natureza, mas como marca de diferença entre o eu e o outro, entre subjetividades cujo espaço de vida é a história.”

5-CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, parafrasearemos WARAT (1994), em nota prévia de sua segunda versão da obra “ O Direito e sua linguagem ”: por ser a ciência um processo cumulativo de discursos e significações, um trabalho que se pretenda científico, não pode ser mais do que uma seleção arbitrária e fragmentada de informações e como processo, não pode ser jamais esgotado.

Não pretendemos aqui teorizar sobre um tema tão vasto e ainda tão inexplorado quanto a relação lingüístico-pragmática e Direito, contudo esperamos ter contribuído, ainda que modestamente para a reflexão sobre o assunto, ressaltando a importância do conhecimento acerca dos avanços dos estudos da linguagem para os estudos das ciências jurídicas.

Não há como pensar o Direito sem a sociedade, assim como não se pode pensar a sociedade sem a linguagem.

A linguagem é um meio em que o homem atinge o outro homem, transmitindo-lhe e recebendo dele uma mensagem, na verdade, a linguagem se constitui no único meio de se chegar a este fim.

A linguagem, então, exige e pressupõe o outro e a partir daí a linguagem é dada com a sociedade, que por sua vez, só se sustenta pelo uso comum dos signos de comunicação pelos seus elementos. Assim, cada uma destas duas entidades, implica a outra.

A língua, é pois, o instrumento próprio para descrever, para conceituar, para interpretar tanto a natureza quanto a experiência que se chama sociedade. A língua pode, graças a esse poder de transmutação da experiência em signos, tomar como objeto qualquer ordem de dados e até a sua própria natureza.

Portanto, Direito e Lingüística são disciplinas e ciências afins, que devem guardar uma relação de complementaridade. ■

referências bibliográficas

- ABREU, A. S. *A arte de argumentar*. Gerenciando razão e emoção. São Paulo: Ateliê, 1999.
- BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Hucitex, 1981 (trad. do original russo de 1925).
- BARTHES R. “A retórica antiga”, In *Pesquisas de retórica*, Rio de Janeiro: Vozes, 1975.
- BENVENISTE, E. *Problemas de lingüística geral*. Campinas: Pontes, 1995.
- ECO, U. *O signo*. Lisboa: Presença, s.d.
- FIORIN, J. L. *O regime de 1964*. Discurso e ideologia. São Paulo: Atual, 1988.
- GRANGER, G. *Filosofia do estilo*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- MEYER, M. *Lógica, linguagem e argumentação*. Lisboa: Teorema, 1982.
- KOCH, I. *Argumentação e linguagem*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- KRISTEVA, J. *História da linguagem*. Lisboa: Edições 70, 1974.
- LOCKE, J. *Ensaio acerca do entendimento humano*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- MOSCA, L. (Org.) *Retóricas de ontem e de hoje*. São Paulo: Humanitas, 1999.
- PERELMAN C. & TYTECA, L. *Tratado de argumentação*. A nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SAUSSURE, F de. *Curso de lingüística geral* (Tradução por Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein). 4. ed. São Paulo: Cultrix/USP, 1972.
- VOGT, C. *O Intervalo Semântico*. São Paulo: Ática, 1977.
- WARAT L. A. *Introdução geral ao Direito*. Tomo I, Porto Alegre: Fabris Editor, 1994
- _____. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.
- VOLOSHINOV, V. *El Signo Ideológico y la Filosofía del Lenguaje*. Buenos Aires, Nueva Vision, 1976.



DIREITO E RAZÃO

ENTRE A BIOLOGIA E A PSICOLOGIA, O DESAFIO DE TEORIAS CONTEMPORÂNEAS

Gladston Mamede *

sumário

01. Um século que se finda
02. Quem é o ser humano?
03. Um Direito para a nova teoria do ser humano
04. O problema de um fundamento moderno para o Direito
05. Referências Bibliográficas.

resumo

Preso apenas a teorias clássicas, que, se por um lado, não perderam sua validade com o passar do tempo, por outro, já não conseguem traduzir a totalidade do conhecimento sobre a existência humana, o Direito acaba por desconhecer avanços que foram estabelecidos por outras disciplinas, como a biologia e a psicologia. Como resultado, as teorias jurídicas, bem como a prática contemporânea das atividades ligadas ao Direito, acabam por desconhecer aspectos essenciais do ser humano. Questiona-se neste artigo o modelo humano que fundamenta o Direito, problematizando-o, na mesma medida em que se propõem outras, buscando estabelecer suas consequências sociais. Destarte, parte-se da constatação de que o ser humano é um ser biológico, cujo comportamento é o resultado de reações bioquímicas e explora-se as implicações dessa realidade bioquímica sobre a consciência do indivíduo, bem como a sua inconsciência; contesta-se as usuais teorias do Direito Natural, atingindo-se por fim a própria contestação do fenômeno jurídico.

1

UM SÉCULO QUE SE FINDA

Ao fim do século XX, a visão do que seja o ser humano foi profundamente alterada. A introdução no universo epistemológico das teorias psicológicas, cujo ápice introdutório remonta ao gênio de FREUD, das teorias da significação, como as postas por SAUSSURE (1989) e desenvolvidas por pensadores como BARTHES (1988), além dos avanços alcançados pela biologia (e mais especificamente pela etologia), como os registrados nos traba-

lhos de WILSON (1998), terminam por colocar em dúvida a própria concepção de humanidade que fundamenta o Direito.

Importa, portanto, levantar alguns aspectos desses avanços e examinar se a teoria jurídica está preparada para açambarcá-los.

2

QUEM É O SER HUMANO?

A atenção ao elemento biológico é uma referência básica e obrigatória, para o exame do ser humano e para a própria compreensão do fenômeno jurídico. Re-

* Gladston Mamede, Professor da Faculdade de Ciências Humanas da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FCH-FUMEC)

fere-se àquilo que se poderia chamar de “condição animal” do ser humano: somos, como os outros animais, uma massa de matéria bioquímica, estruturada (em células e/ou tecidos e/ou órgãos) de acordo com informações geneticamente transmitidas. Essa condição manifesta-se de forma limitada, tanto em seu alcance, quanto no que diz respeito à utilização, pelos indivíduos (humanos ou não) de seus corpos. Assim como nossos braços e pernas possuem um limite de utilização (tanto no alcance - a força, por exemplo - quanto na forma em que o podemos empregar), nosso sistema nervoso, nele destacado o cérebro, também o possui. Este elemento biológico comum permitiu a CHOMSKY (1980:28) especular a existência de uma “gramática universal” como uma “essência da linguagem humana”, como um “sistema de princípios, condições e regras que são elementos ou propriedades de todas as línguas humanas, não por acaso, mas por necessidade - quero dizer, é claro, necessidade biológica, e não lógica.”

Para além do dado biológico, constrói-se a “humanidade” de cada indivíduo, em contornos essencialmente sociais; vale dizer, parafraseando SAUSSURE (1989), quando este se refere à língua como parte substancial da “humanidade”, como um “produto social depositado no cérebro de cada um”.

De posse de tais referências, pode-se postular a adequação de algumas afirmações.

Primeira afirmação: o ser humano é um ser animal: possui em si infor-

mações genéticas variadas, entre as quais encontram-se informações comportamentais. Embora o ser humano não esteja atento a esta realidade, sua existência e composição são um produto bioquímico. Somos todos bioquímicos: um emaranhado de células com funções específicas, determinadas pelas informações genéticas. Nossa memória é um registro de substâncias cuja combinação possuímos a capacidade (inconsciente) de descodificar (de atualizar). Disfunções nestas substâncias podem nos “roubar” a memória, destruí-la ou impedir o acesso à ela, podem nos “tirar a razão”, chegando mesmo a nos colocar em “delírio”, ou seja, acreditar na vivência de situações que só possuem existência no âmbito cerebral. Neste contexto, a falta ou o excesso de qualquer substância causam efeitos sobre o comportamento do indivíduo.

Segunda afirmação: inserido em um contexto cultural, o ser humano passa a viver em uma realidade conceitual que parte da realidade física, captada pelos sentidos, nos limites da capacidade e da qualidade destes e é reconstruída na consciência; os “tijolos” dessa reconstrução do real físico e de acréscimos abstratos são os conceitos ou formas padronizadas de se compreender a realidade, dividindo-a em partes, o que implica na renúncia – implícita – à diferenças e nuances.

Terceira afirmação: tais conceitos são o produto de uma evolução social e estão organizados em um sistema: eis aí a razão de se aproveitar a analogia com “tijolos” e a “construção”¹. Esta estrutu-

¹ Deve-se estar atento para o fato de que toda e qualquer analogia, assim como as metáforas, conhece um limite de incompatibilização: já não mais explica, confunde, engana, mascara.

ra de conceitos está permeada por valores (marcando “negativos” e “positivos”), e pode-se denominar este somatório semio-axiológico de *ideologia*, no plano da “vivência mental”, sendo sua vivência concretizadora (os atos humanos) denominada de *praxis*. A formação do indivíduo na sociedade, a partir da infância, é a “construção” de sua consciência, ou seja, a repetição em si da ideologia e da *praxis* do grupo em que se encontra. Haverá assim, com algumas distorções (ainda e felizmente) inevitáveis em maior e menor grau, uma comunhão na compreensão do real e na sua instrumentalização e utilização, por conseqüência.

Quarta afirmação: a unidade por excelência desse “mundo de conceitos” (de rótulos e funções pre-estabelecidas) é a palavra (e a língua, enquanto seu sistema); entretanto, outras linguagens há, todas organizadas em gramáticas próprias que tendem a ser respeitadas pois, na consciência dos indivíduos, constituem o normal e, por vezes, o possível. Eis o real cultural: o produto do somatório dessas linguagens, formando a consciência. O ser humano culto compreende o mundo a partir dessa consciência conceitual: da enorme variedade concreta de folhas (e tipos de folhas), subtrai a diferença referindo-se a um comum fisicamente inexistente (a folha da árvore); por outro lado, acrescenta *coisas* ao mundo: “paz”, “fantasmas” etc.

Quinta afirmação: este plano consciente da existência humana, moldado pelos conceitos, os valores e as práticas

com os quais, historicamente, foi sendo “construída” a cultura, são influenciados por impulsos psicológicos (que são neurobiológicos e, por conseqüência, bioquímicos), entre os quais alguns possuem uma origem na estrutura biológica². O plano primeiro desses impulsos é o inconsciente, estranho domínio alógico da existência humana. Alógico por não ser gramatical e por não se lastrear nos valores constantes do consciente, com o que chega a trabalhar conceitos (ou partes de conceitos, ou somatórios de conceitos) de uma forma “absurda” (como vivenciado nos sonhos).

O inconsciente é tudo o que, no indivíduo, está fora do que se poderia denominar “foco da consciência”: este foco é o “eu” do discurso, ou seja, o *topos* de produção e irradiação dos pensamentos, o que implica o acesso – supõe-se restrito, isto é, limitado - a informações retidas na memória. Os indivíduos se referem a seus pés, suas mãos, seu cérebro; mas há uma unidade da qual, normalmente, não se dissociam e à qual se referem como “eu”; este é o consciente, produto da atividade cerebral (não exclusivo, certo que o inconsciente também é produto desta atividade). Para fora deste foco a que referimos, habitualmente, como “eu”, está o inconsciente³.

PAGLIA (1992, p.99), ocupando-se, a seu modo, desta divisão mente/corpo (cultural/biológico), à qual faz corresponder as figuras mitológicas de Apolo e Dioniso, respectivamente, lembra que “nossos cérebros são divididos, e o cé-

2 Confira primeira afirmação.

3 Chego a me perguntar se também não compõem o inconsciente todas as partes não neurobiológicas do organismo, ainda que possamos ter no consciente um *espelho tátil* de sua existência: pode-se sentir – trazer para o consciente – cêcegas no pé, dores no coração ou na perna etc. Isso tudo, recorde, como produto de combinações bioquímicas (que possuem uma certa faixa de configurações padrões, às quais poder-se-ia aplicar o rotulo de normalidade).

rebros separados do corpo. Há briga entre o córtex superior e os cérebros límbico e reptílicos mais antigos.” Sob um certo ângulo de análise pode-se corresponder Apolo ao consciente e Dioniso ao inconsciente: ao primeiro corresponderá a organização racional (semiológica e, assim, gramatical) da realidade; ao segundo, o impulso, o desejo, a aleatoriedade amorosa do natural que também somos (por mais que nos esforcemos por compreendê-lo e controlá-lo)

Diz PAGLIA (1992, p. 99):

“No ocidente, Apolo e Dioniso lutam pela vitória. Apolo faz as linhas de fronteira que são civilização mas conduzem a convenção, contenção, opressão. Dioniso é energia desenfreada, louca, rude, destrutiva, estróina. Apolo é a lei, a história, a tradição, a dignidade e a segurança do costume e da forma. Dioniso é o novo, emocionante mas rude, varrendo tudo para começar de novo. Apolo é um tirano. Dioniso um vândalo.”

Essa cisão é um dos produtos da cultura, como demonstra FIGUEIREDO (1994) ao relatar a “invenção do psicológico” ao longo de “quatro séculos de subjetivação (1500-1900)”.

Retendo-se a análise ao plano cerebral, enquanto um certo número de neurônios e, por correspondência, sinapses, ocupam-se do foco de consciência (este comando racional do comportamento humano), há toda uma outra produção, levada a cabo por um número muito maior de neurônios e sinapses, que foge ao domínio do “eu” (e da vontade). Por exemplo, todas as sinapses que são provocadas aleatoriamente por “n” analogias entre informações provindas dos sentidos e informações mnemônicas cor-

respondentes, vale dizer, lembranças que não estão sendo focalizadas conscientemente, mas que estão lá, registradas (bioquimicamente). O indivíduo não está, conscientemente, entregue a este constante acessar de informações presentes e passadas que guardam certa analogia ou identidade; tais registros mnemônicos, sem merecer o foco da consciência, podem ser acessados em determinadas circunstâncias (levando o indivíduo a “sentir” que “já viu aquilo” ou a “sentir-se mal, sem saber porquê”, dentre outras situações conscientes análogas), ou simplesmente não possuírem qualquer correspondência aparente no consciente. Em outra situação, entre as tantas sinapses que antecedem a enunciação, aparentemente “descompromissada” deste ou daquele termo “sinônimo” há um complexo de operações cerebrais não conscientes, o que torna o termo enunciado - bem como o discurso - uma tradução das estruturas neurobiológicas inconscientes. É preciso, entretanto, estar atento para o fato de que o inconsciente - crê-se, a exemplo de PAGLIA (1992: 301) - não ser preponderantemente lingüístico.

Destaque-se que tais operações neurobiológicas, face à sua aleatoriedade (certo que estão para além dos limites da vontade do “eu”), podem concretizar-se a partir do uso “subvertido” dos signos, realidade que facilmente se percebe nos sonhos. Para além da *agramaticabilidade*, vale dizer, da inexistência de uma organização correspondente à lógica cultural (ideológica e concretizada na prática social), mesmo a correspondência significado/significante pode fugir, e foge, às convenções culturais. Os sonhos nos demonstram isto com facilidade.

de: não há um contexto constante e, por vezes, não há causalidade entre fatos, não há organização temporal (passado, presente, futuro) nem espacial; determinada imagem, ou objeto, pode estar envolta em uma absurda relação semiológica (significando o que, na convenção semiológica, *não significa*). O inconsciente funciona na completa negação ideológica.

Também ali estão as percepções dos sentidos para as quais não dirigimos a nossa atenção, mas que foram captadas pelos sentidos e estão armazenadas, estímulos orgânicos variados etc. Como ensina LEDFORT, Apud KEY (1993, pp.17-18) “a percepção é total e instantânea no nível do inconsciente, mas extremamente limitada no nível do consciente”⁴; “a realidade percebida conscientemente é geralmente uma enorme simplificação e abstração da realidade verdadeiramente perceptível. A miríade de percepções que o conhecimento consciente não enfatiza, põe de lado, torna desfocada, relega ao segundo plano e/ou reprime, permanece no arquivo inconsciente da mente por períodos variados de tempo. Talvez algumas percepções fiquem armazenadas permanentemente”

Toda a produção neurobiológica marginal (à margem do foco consciente, do domínio do “eu”) é o inconsciente, bem como também o é todo o registro mnemônico que não está sendo e/ou não pode ser acessado, pelo eu, naquele

instante, ou em qualquer instante. Observe uma situação: uma mulher assiste a uma aula: sua atenção (sua consciência) está no conteúdo que está sendo ministrado. Entretanto, conquanto haja, em função de qualquer estímulo, ainda que captado inconscientemente, uma grande produção de estrógeno por seus ovários⁵, cresce-lhe o impulso de copular. Este impulso, em circunstâncias tais, tende a não ocupar o foco do inconsciente. À informação que chega ao cérebro de que está alto o nível de estrógeno, criando o impulso sexual, corresponderá uma informação mnemônica (adquirida ao longo de anos de condicionamento) de que a cópula pode acontecer apenas em “*tais e quais*” condições. Este conflito pode passar-se fora do foco da consciência, que dele não se aperceberá. Mas está ocupando um conjunto de neurônios e sinapses: está, portanto, sendo inconsciente⁶.

Todo o vasto trânsito dos hormônios e sua enorme influência sobre o temperamento e o comportamento humanos está confinado ao âmbito inconsciente do ser humano (que, infelizmente, não lhes pode dar, nos limites da consciência, a atenção devidas, já que não o pode perceber); ao consciente só cabe o conhecimento do resultado dos impulsos endócrinos, quando a ele já se opôs toda a carga mnemônica das normas (dos “*não's*”) - entre as quais normas morais e religiosas, muitas das quais ratificadas

4 Apud KEY, Wilson Bryan. *A era da manipulação*. Trad. Iara Biderman. São Paulo: Scritta, 1993; p. 18.

5“O estrógeno atua sobre o sistema nervoso central, preparando a fêmea para a cópula, estimulando o impulso sexual.” (AMABIS, MARTHO E MIZUGUCHI, v. 2, 1978-79: 468)

6 E, sem chegar ao consciente (até mesmo, e via de regra, em função de um mecanismo de proteção: há mecanismos neurobiológicos de censura - criados para garantir a continuidade, “pacífica”, da existência do indivíduo: as neuroses, dentre as quais o esquecimento), este conflito pode tomar grandes dimensões, chegando, desvirtuadamente, ao consciente. O “eu” conhecerá apenas os subprodutos destes embates: ansiedade, manias, fobias etc.

no ordenamento jurídico. PAGLIA (1992: 32), em meio a diversos desvarios (analogias que me parecem excessivamente despropositadas, além de muitas colocações que fogem à plausibilidade e que parecem ter sido enunciadas com o firme propósito de criar polêmica e, portanto, instaurar o debate) demonstra a existência de “n” subprodutos comportamentais da realidade endócrina - bem como, dos contornos da anatomia humana - nas relações sociais masculino/feminino.

Como se pode notar, o plano inconsciente do indivíduo é assustadoramente mais vasto do que o seu plano consciente. Nossos “atos impensados” são exteriorizações dessa produção neurobiológica marginal (ou seja, inconsciente: fora do controle do “eu”: fora do foco da consciência). O que, nos domínios da consciência, surge como melancolia, cansaço, desânimo, ansiedade (isto é, um quadro depressivo) corresponde a uma baixa nos volumes presentes no cérebro de substâncias neurotransmissoras que, entre outras causas, pode resultar de um estresse (uma sobrecarga da função cerebral e/ou corporal, criada por maior demanda de trabalho ou por tensão - inclusive tensão psicológica). Tudo isto, frise-se, sem o controle da lógica: nestes planos, impera o impulso, a mera conformação e contraposição de substâncias químicas; enfim, este é um plano basicamente aleatório.

Composto de uma vasta parte inconsciente e de um foco consciente que lhe permite visualizar-se como uma parte (“eu”) em oposição a um mundo exterior constituído, igualmente, por partes cuja tradução pode ser buscada nos pronomes, eis o ser humano. Desconhecer

tais realidades, ainda que em âmbitos específicos como o Direito, é trilhar o caminho do engano.

3

UM DIREITO PARA UMA NOVA TEORIA DO SER HUMANO

Em meio a tal realidade (as afirmações precedentes), o ser humano pode ser encarado como uma individualidade, uma personalidade influenciada por informações genéticas e por sua história. Mas, consideradas as influências genética e histórica, deve ser visto, igualmente, como um comum biológico e um comum social, determinando, em certos limites, o comportamento de todos e de cada um. A afirmação do “comum” em nós (comum entre humanos mas, para além, comum entre os animais) tende a assustar e a criar rejeição. Mas seu reconhecimento determina, acredito, um desenvolvimento, pela possibilidade de se reconhecer os desafios colocados pelo aumento dos níveis de conscientização e autocompreensão que são fundamentais à evolução humana.

A compreensão de todas estas características que envolvem o ser humano culto são fundamentais para a compreensão do indivíduo em sociedade (ao qual se quer atribuir a condição de cidadão). Sem compreender tais elementos, o tratamento pelo Direito do indivíduo a quem pode denominar de sujeito de direitos e deveres, mas que antes disto é uma *persona* social - e, assim, biológica, sociológica e psicológica torna-se incompleta, insuficiente, portanto, para satisfazer aos fins aos quais expressamente deveria se destinar, engendrando enganos que, por vezes, perpetuam-se

ao longo dos séculos. Um deles é o chamado Direito Natural, que nada possui de natural. Está baseado em uma visão equivocada humanizada da natureza. Estendendo-se ideologicamente sobre a realidade, o ser humano “de cultura” confere certos atributos ao que denomina “natureza” (as matas, os bosques, os jardins): seu olhar cria, nestas paisagens, uma harmonia, uma paz, uma “beleza” que pouco correspondem ao real. Como provoca PAGLIA (1992, pp.37-38), “é só afastar do olhar o filtro e tornar a olhar. Eis a natureza espumando e borbulhando, as loucas bolhas espermáticas transbordando e estourando naquela ronda inumana de desperdício, podridão e carnagem. Das compactadas células brilhantes de ova de peixe aos esporos macios que as vagens verdes ao explodirem despejam no ar, a natureza é um ninho de vespas infectado de agressão e matança.”

O Direito Natural é apenas um dos paradoxos que envolvem a utilização, nos atos de fala (as enunciações propriamente ditas e os pensamentos), dos conceitos “natureza”, “natural” e afins. Esse “natural” referenciado nos discursos é um mero produto da conceitualização, quero dizer, do enfoque racional e portanto, “objetivista”, ideológico da realidade exterior. Entretanto, como se lê entre as tantas especulações de PAGLIA (1932, p.39), “não há objetivo na natureza, só a terrível erosão da força natural, salpicando, dilapidando, triturando, reduzindo toda matéria a fluido, à grossa sopa primal da qual brotam novas formas, arquejantes de vida.” Observe-se que mesmo nesta afirmação de PAGLIA é visível a extensão do humano sobre o natural, por exemplo, quando ela usa o adjetivo “terrível”

para qualificar a “força natural”. Contudo, acredito que a natureza, “em si” inaccessível ao conhecimento absoluto que não existe, como ensinou KANT, não é terrível ou graciosa, nem bonita ou feia, nem justa ou injusta; ela simplesmente é. As adjetivações são meramente humanas.

Neste contexto, é curioso observar o Direito Natural como uma busca racional de fundamentação para uma certa qualidade de normas jurídicas, vale dizer, o esforço pelo estabelecimento um ordenamento normativo que possua um orientação mínima de respeito por cada ser humano. É, portanto, como qualquer outro trato racional da realidade, produto da elaboração conceitual do consciente, que é ideológico, como se apura na lição de BAKHTIN (1986, pp.32 a 34), que já tive a oportunidade de examinar. Esta busca racional por uma fundamentação jurídica à qual se deu e se dá a arbitrária adjetivação de “natural” reflete a busca pelo que HEEMANN (1993, p. 52) denomina “metanorma” ou seja, por uma norma primária e pressuposta, que não parece confundir-se com a “norma fundamental” teorizada por KELSEN (1987) que fundamenta os conjuntos normativos vigentes.

4

O PROBLEMA DE UM FUNDAMENTO MODERNO PARA O DIREITO

Neste ponto, faz-se necessário observar que há dois níveis de fundamentação jurídica. Um é a evolução histórica que determina a ocupação por determinados indivíduos do domínio da sociedade. Uma vez que, hodiernamente, esta sociedade possui uma estruturação de

Estado, este domínio é o aparelho de Estado⁷. Para além deste fundamento, o poder sobre a sociedade (mais: a discussão social, a política, o complexo das relações de disputa, dominação e estruturação da sociedade em determinadas níveis hierárquicos ocupados por estes ou aqueles indivíduos) passa pelo discurso: mais do que a força física (exercida ou ameaçada), por vezes é preciso justificar a dominação pelas palavras, pelos ideários, que são uma importante forma de força de dominação. Aquilo em que um grupo crê (seu ideário político, que pode ter um enfoque religioso, regional - ou seja, geográfico -, racial etc.) constitui uma força motivadora inestimável de seus comportamentos.

Como destaca KEY(1993, p 28):,

“os homens são singularmente perigosos porque sua cegueira perceptiva não lhes permite ver que são perigosos. Há fanáticos nos governos de todo o mundo que querem justificar assassinatos em massa em nome de suas fantasias ideológicas.” (Op. cit.; p. 28) *Bosnia, Ruanda e Tchecônia* são apenas alguns exemplos deste final de século XX. Carter, após falar em mais de “30 conflitos de grande porte no mundo, quase todos guerras civis”, tece críticas a uma visão militarista do mundo, vigente em neste fim de século, e completa reconhecendo o que se pode denominar de a cruel realidade dos interesses: “embora centenas de milhares de pessoas estejam sendo mortas, o mundo ocidental ignora até mesmo o mais mortífero combate, a não

ser que ele ameace interesses norte-americanos ou europeus.” .

Esse ideário (enquanto metanorma) fundamenta a enunciação e a conservação da vigência de normas jurídicas⁸.

Durante séculos, vigeu para o Direito o que HEEMANN (1993, p.26) denomina “fundamento transcendental”, ou seja, as normas buscam justificativa em dogmas religiosos. A evolução cultural humana, determinando um nível maior de “afloramento” consciente e, por consequência, crítico no trato com as normas (morais e, especificamente, jurídicas) culminou numa instabilização dos sistemas normativos, que passaram a ser contestados. Dogmas religiosos e tradições ancestrais não mais se constituem em metanormas aceitáveis, ainda que certos setores de sociedades não desenvolvidas ainda não tenham experimentado uma evolução que lhes permita contestar o meramente estabelecido. Como ensina HEEMANN (1993, p.29), “com a evolução sociocultural seu influxo desmitificador, o homem se desestabiliza; sai de sua acomodação e, apesar das consequências, enfrenta o desafio, partindo para um comportamento moral cada vez mais crítico e reflexivo.”

Esta crítica e reflexão sobre o conteúdo normativo implica na necessidade de se preparar os indivíduos para o debate e para a participação na constituição de sistemas normativos que regerão a sociedade, ainda que esta efetiva participação dependa do engajamento dos in-

7 Que será estudado na seqüência.

8Conquanto os ordenamentos jurídicos podem não guardar - e com efeito, não guarda, v.g. - uma uniformidade, pode-se possuir metanormas distintas convivendo em um nível mais imediato. Entretanto, em última instância, todo o sistema - ainda que aparente desarmônico - está lastreado por uma única metanorma.

divíduos em sua própria formação e, em seguida, na análise interessada das estruturas sociais: politização é uma opção pessoal, que não se confunde com participação política institucionalizada: partidos, eleições etc. Esta obra postula um posto em meio a este debate, procurando expandir os âmbitos de exame do fenômeno jurídico. Acredita-se que todos os membros sociedade, mas principalmente os profissionais do Direito, devem estar atentos a todas as peculiaridades que envolvem e compõem o fenômeno jurídico, estando preparados para a sua compreensão politizada. Aliás, os responsáveis pelo ensino e teorização jurídicas, a partir de uma má interpretação do pensamento kelseniano e mais especifica-

mente da Teoria Pura do Direito, determinaram a tendência de formação dos operadores do Direito em seus mais diversos e variados níveis, em meros técnicos do manejo de normas materiais e procedimentais, sem a capacidade de compreender a sua ligação direta com o complexo das relações político-econômicas e interesses político-econômicos. Esta obra prefere, em oposição, tentar esmiuçar quantas facetas do fenômeno jurídico sejam possíveis. Mais: acredita-se que um exame político e politizado do Direito (uma Teoria Política do Direito) deva transcender os umbrais das academias jurídicas, tornando-se objeto de debate de toda a sociedade, como condição de cidadania plena. ■

referências bibliográficas

- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*. Tradução por Walter José Evangelista, Marai Laura V. de Castro. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1983.
- AMABIS, José Mariano, MARTHO, Gilberto Rodrigues, MIZUGUCHI, Yoshito. *Biologia*. São Paulo : Moderna, 1978-79. 3 v.
- BAKHTIN, Mikhail (V.N. Volochinov). *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. Trad. M. Lahud *et al.*. São Paulo : Hucitec, 1986.
- BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. Tradução por Izidoro Blikstein. São Paulo : Cultrix, 1988.
- BLIKSTEIN, Izidoro. *Kaspar Hauser ou A Fabricação da Realidade*. São Paulo : Cultrix, 1983.
- CARTER, Jimmy. "Governos devem perder monopólio da paz". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 de maio de 1995. Mundo, p. 32.
- CARTHY, John Dennis. *Comportamento Animal*. Tradução por Isaias Pessoti *et al.*. São Paulo : EPU, 1980.
- CHAUCHARD, Paul. *A Linguagem e o Pensamento*. Tradução por Carlos Ortiz. São Paulo : Difel, 1967.

- _____. *Sociedades Animales, Sociedad Humana*. Tradução por espanhola Patricia Canto. Buenos Aires : Ed. Universitária de Buenos Aires, 1960.
- CHOMSKY, Noam. *Reflexões sobre a linguagem*. Tradução por Carlos Vogt. São Paulo : Cultrix, 1980.
- DEAG, John. *Comportamento Social dos Animais*. Tradução por Cecília Torres Assumpção. São Paulo : EPU, 1981.
- FIGUEIREDO, Luís Cláudio. *A invenção do psicológico; quatro séculos de subjetivação (1500-1900)*. São Paulo : EDUC, 1994.
- HEEMANN, Ademar. *Natureza e ética*. Curitiba : UFPR, 1993.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução por J. R. Mereje. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.
- KEY, Wilson Bryan. *A era da manipulação*. Tradução por Iara Biderman. São Paulo : Scritta, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1987.
- LIMA, Eliana Cláudia Castro Santoro. *A denegação em Freud como modelo de linguagem*. Belo Horizonte, 1984. Dissertação (Mestrado).
- LINTON, Ralph. *Cultura e Personalidade*. Tradução por Oscar Mendes. São Paulo : Mestre Jou, 1967.
- MAMEDE, Gladston. “A Ordem Natural (e a Cultural) da Desigualdade”. Plural. Belo Horizonte : Faculdade de Ciências Humanas - FUMEC, n° 12, p. 40-50; out, 1999.
- _____. “*Huitzilopochtli: criar, recriar, traír e esquarterjar (o humano universo da signifiçação)*”. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, Porto Alegre: n° 1, p. 45-54; 1999.
- _____. *Semiologia e direito; um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte : 1995.
- PAGLIA, Camille. *Personas sexuais; arte e decadência de Nefertite a Emily Dickinson*. Tradução por Marcos Santarrita. São Paulo : Companhia das Letras, 1992.
- PASTORE, Karina, FRANÇA, Valéria. “Neurônios que fazem a diferença”. Revista Veja. São Paulo, 1995. Comportamento, p. 76-82.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Tradução por Izidora Blikstein *et al.*. São Paulo: Cultrix, 1989.
- WILSON, Edward Osborne. *Consilience: the unity of knowledge*. Nova Iorque: Knoff, 1998.



DOS ATOS PROCESSUAIS PELA VIA ELETRÔNICA

Adriano Perácio de Paula

sumário

01. Introdução
02. Dos Atos Processuais
03. Dos Pressupostos Legais
04. Da Qualidade e da Fidelidade do Material Transmitido
05. Conclusões
06. Referências Bibliográficas

resumo

Este artigo versa sobre a possibilidade de utilização da via eletrônica para o exercício do direito de petição em qualquer ação processual, que se constitui em opção caracterizada pela faculdade e ato excepcional, destacando-se que o ato de se requerer ao juiz ainda deverá ser realizado pelo procedimento comum.

1 INTRODUÇÃO

Promulgada em 26 de maio de 1999, a Lei no. 9.800 permite que o exercício do direito de petição possa ser realizado, em qualquer ação processual, através do sistema eletrônico de transmissão de dados. Passa então a ser possível e válida a utilização do instrumental do fac-símile, do correio eletrônico (*e-mail*) através da rede mundial de computadores (*internet*) ou similar, supletivamente ao protocolo direto ao juízo destinatário da petição.

Esta lei é a extensão *de lege lata* daquilo que se encontrava previsto no art. 244 do Código de Processo Civil (CPC) e no inciso II do art. 572 do Código de Processo Penal (CPP), pois que, ainda que transmitido pela via eletrônica, a petição por este meio encaminhada atinge a finalidade de comunicar a intenção formal de qualquer das partes. E como a jurisdição trabalhista, por determinação expressa (art.

769 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), toma o direito processual como fonte subsidiária, temos que a previsão do art. 771 – “*os atos e termos processuais poderão ser escritos a tinta, datilografados ou a carimbo*” – fica ampliada esta faculdade extensiva ao processo do trabalho perante as novas disposições.

Com efeito, a Lei n° 9.800 ressalva que o ato processual a ser praticado pela via eletrônica deverá ser apenas aquele que dependa de petição escrita. Ou seja, a realização de audiência com a presença das partes é indispensável, assim como a tomada de depoimento exige a pessoa da testemunha ou da parte depoente. Já a manifestação do juiz, assim como de qualquer auxiliar do juízo, a exemplo do laudo do perito ou dos assistentes técnicos da prova especializada; assim como a certidão exarada por oficial de Justiça, podem ser trazidas aos autos tal como os demais atos realizados pelas partes através deste sistema de transmissão.

* **Adriano Perácio de Paula**, Advogado, Doutor em Direito pela UFMG, Conselheiro da OAB/MG, Professor de Processo Civil na PUC/MG, Professor Visitante da Universidade de Uberaba/MG

É importante acentuar que, ao contrário daquilo que foi registrado, o meio de transmissão de dados e imagem não ressalva ou restringe a forma de instrumental. (FONTINELE, 1999, p. 25). Vale dizer, o sistema de fac-símile é apenas uma das formas autorizadas de prática dos atos processuais. O telegrama, tão farta e historicamente utilizado nas comunicações de urgência, tais como o deferimento de liminares em ações de mandado de segurança e *habeas corpus*, ou mesmo o correio eletrônico, de maneira mais recente, são meios hábeis a permitir esta comunicação.

Não apenas em razão de que *benignius leges interpretandae* (as leis devem ser interpretadas mais benignamente), mas em atenção à própria dicção da regra não é excludente, mas, ao contrário, recepciona esta possibilidade quando relaciona o meio de transmissão de dados e imagem, mas deixa em aberto a qualquer **outro similar** que permita o exercício do direito de petição.

2

DOS ATOS PROCESSUAIS

O processo se desenvolve e se realiza através do encadeamento de uma série de atos processuais. São atos das partes, do juiz, de seus auxiliares como o escrivão, do Ministério Público e de terceiros intervenientes.

Ao autor de qualquer demanda processual cabe, não apenas propô-la adequadamente e endereçar ao juiz competente, mas fundamentar seu requerimento, produzir provas, replicar e realizar as demais responsabilidades que se lhe atribuírem a legislação processual, notadamente quanto à apresentação de

documentos e o pagamento das custas e das despesas. Quanto ao réu, os ônus não são menores, pois a ele incumbe comparecer ao processo de modo a não ser declarado revel ou confesso. Cabe-lhe também o dever de prova, além do dever de contestar a demanda. Em algumas situações, estes ônus são minimizados ou até mesmo desconsiderados, a depender da circunstância processual em discussão.

Todas estas situações apresentadas, e em especial os atos de impulso processual e de decisão que se reportam diretamente à figura do juiz, são considerados como espécies de ato jurídico, e em particular, de ato jurídico processual.

Para que tenha possibilidade de ser conhecido, rege-se o processo por dois princípios básicos: o da oralidade e da formalidade. De modo que os atos processuais se cumprem e se tornam públicos, ou pela via oral ou por escrito. São estas as duas espécies de comunicação da demanda. Mesmo diante do procedimento oral não se prescinde completamente de se registrar ou atermar por escrito os atos processuais. A forma escrita é o meio pelo qual se exprime e se conserva o ato, em outras palavras, o termo tem a função de fixar o ato processual pela escrita em linguagem articulada. (PONTES DE MIRANDA, 1996, p. 18)

Quando se constituir em forma indispensável e relevante de validade do ato processual, o termo **por escrito** da atuação de qualquer das pessoas que interveem no processo, deve ser obedecido sob pena de nulidade insanável. Ainda que se possa afirmar que, em última *ratio*, todos os atos processuais devem ser le-

vados a termo – em que pese o princípio prevalente do Juizado Especial Cível e Criminal (Lei n.º 9.099/95) – a forma escrita de alguns deles é da sua essência. Ainda que o depoimento de uma testemunha seja tomada a termo, e reduzida a final por escrito, a substância do ato é de natureza oral, e este aspecto tem relevância no estudo dos pressupostos do exercício do direito de petição pela via eletrônica.

É de anotar que os atos processuais que permitem a expedição de sistema de transmissão de dados são aqueles que não exigem forma especial. Assim que a citação, ainda que tenha avançado em outras jurisdições para a possibilidade da citação por via postal ou por fac-símile de pessoas jurídicas em ações relativas à locação (inciso IV do art. 58 da Lei n.º 8.2445/91), ainda assim se estabelece em *numerus clausus* rigorosos, quais são as formas admissíveis para a ciência inaugural do réu ser chamado a juízo.

Apenas aqueles atos aos quais não se impõem uma forma específica – e eles não são poucos – podem se utilizar dessa faculdade. De modo que mesmo a interposição de um recurso, a impetração de um habeas corpus ou o deferimento de liminar ou tutela antecipada podem ser comunicados através desse utensílio. Ao espírito desta nova legislação se incorporam os princípios da economia, celeridade e instrumentalidade dos atos processuais que têm lugar quando, aquilo que está em vista, é o objetivo de dar curso e vazão ao procedimento até à coisa julgada. Ou em outras palavras, é ter em vista as necessidades e as aspirações do seu povo, no tempo presente. (DINAMARCO, 1987, p. 217).

3

DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS

O primeiro requisito, tal como já salientado pela norma em questão de modo expresso, é que o ato a ser praticado deve ser aquele que dependa de petição escrita, e assim deve ser observado. (PAULA, 1999, p. 8.) Daí o por quê de se afirmar ser difícil – quiçá impossível – prescindir-se totalmente da obediência à forma. (ARRUDA ALVIM, 1992, p. 273).

É dever destacar que as mesmas prerrogativas de que gozam as partes, são extensivas aos juizes, que poderão praticar todos os atos de sua competência, tenha este ato o caráter de decisão interlocutória, despacho ou sentença. Também por meio da via eletrônica se poderão realizar e cumprir atos de comunicação processual fora da circunscrição do juízo.

Dessa forma, a previsão contida nos arts. 205 e 206 do Código de Processo Civil, poderá ter sua utilização prejudicada, pois havendo urgência na expedição da carta de ordem e da carta precatória, não mais haverá necessidade de que seja apresentado somente um resumo substancial do que se pretende realizar. A apresentação da íntegra do requerimento judicial, apesar da urgência, deve ser privilegiado até mesmo para a segurança das relações processuais. Desse modo, ficaria também prejudicada que a agência expedidora declarasse reconhecer a assinatura do juiz.

O fato de dever ser confirmado *a posteriori* através do original da petição, carta ou requerimento não implica afirmar que a realização daquilo que está contido no termo transmitido pela via eletrônica não possa, efetivamente, a partir

do seu recebimento, gerar os efeitos processuais próprios. Não se trata de ato condicionado à confirmação, até porque se fossemos averiguar a origem ou natureza jurídica da petição pela via eletrônica, mais nos aproximaríamos da figura do encargo, tal como posta pelo Código Civil.¹

Se reputássemos que o disponente para fins de analogia é o legislador que promulgou a Lei n° 9.800, e não há nada que preveja que o ato a ser praticado fosse suspenso mediante confirmação – até porque seria uma *contradictio in terminis* – tem-se que, a exemplo da figura de direito material do encargo, este não suspenderia o exercício e a aquisição do direito processual transmitido pela via eletrônica. Vale dizer, a posterior confirmação com a peça original é o encargo imposto àquele que usufruí deste expediente. (MALUF, 1997, p. 107).

Fazendo-se a apresentação de petições pela via eletrônica, nada impede que os juízes conheçam de seu conteúdo à vista de transmissões por este meio, sem prejuízo de também ser transmitidos documentos que instruem aquela petição. Pelo que não pode se permitir ao juiz condicionar a apreciação do pedido à chegada da petição e dos documentos originais, especialmente em casos de tutela de urgência. Será autuada tanto a petição remetida pelo sistema de comunicação de dados e informações, assim como o original da petição, para tudo certificando o escrivão, de modo a que todas as pessoas que intervêm no processo possam estar a par de todos os seus fatos e incidentes.

As petições deverão ser apresentadas no prazo determinado por lei para as respectivas realizações, sendo que os originais serão entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias após o término do prazo. Vem a dizer que a petição apresentada no último dia de um prazo de quinze dias, pela via eletrônica, deverá ser entregue até o vigésimo dia. E esta regra se aplica também para os atos não sujeitos a prazo, onde o mesmo limite de cinco dias deve ser observado necessariamente.

Em outra hipótese, considerando o mesmo prazo de quinze dias, se a petição por meio de transmissão de dados foi realizada no quinto dia do prazo, permanece a mesma situação do exemplo anterior. Aquele petição apresentada pela via eletrônica, ainda que antes de um prazo total de quinze dias de que dispunha, poderá ser entregue até o vigésimo dia desde o início da fluência daquela contagem, que é o limite *até cinco dias da data de seu término*.

Tal possibilidade se infere do princípio de hermenêutica, que aplicado particularmente para o processo, entende como restritivas de direito as normas relativas a prazo processual interpretadas de maneira acanhada. (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 242) Não pode ser considerado o exercício prévio do direito de petição como renúncia antecipada ao restante do prazo que sobejar a favor da parte, até porque a interpretação gramatical e útil da norma posta no art. 2° da Lei n° 9.800 não deixa que dúvidas persistam a respeito. Ou seja, a ampla defesa, como garantia constitucional, prevalece nesta situação.

A par disso, uma vez que por previsão da Lei n° 9.800, não se obriga aos

¹ Art. 128. O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no ato, pelo disponente, como condição suspensiva.

tribunais e foros de todas as regiões brasileiras disporem de material técnico de recepção, prevalecerá como foi dito, e preferencialmente, o protocolo direto de petições. Mas, franqueado o serviço, é de se considerar que a transmissão poderá ser feita – desde que possível de ser recepcionada – até às 24:00 horas do dia aprazado.

Mesmo que o *caput* do art. 172 do Código de Processo Civil, preveja que o expediente forense se encerra às 20:00 horas, há de se considerar, também a propósito da pré-citada regra de hermenêutica, que é o expediente forense **externo** que possui aquele limite temporal. Além do mais, a transmissão será feita e será recepcionada através de máquinas, cujos meios e instrumental permitem que um sistema automático seja franqueado para uso contínuo e permanente.

Esta posição encontra ressonância nos tribunais, mesmo antes da reforma empreendida no Código de Processo Civil, fazia eco com a 8ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que compreendia que o ato praticado após o horário de expediente forense não lhe retira a eficácia.² Até porque, ainda que se possa falar em prazo processual a ser cumprido durante o expediente forense externo, prevalece a determinação que estabelece o dia civil a encerrar às 24:00 horas.

4 DA QUALIDADE E DA FIDELIDADE DO MATERIAL TRANSMITIDO

O advogado que fizer uso do sistema de transmissão é responsável pela quali-

dade e conteúdo do documento transmitido, assim como pela sua entrega ao juízo de destino. A fidelidade entre o documento repassado por meio eletrônico, e o original posteriormente entregue, deve possuir absoluta correspondência, pois a falta de concordância implica em atitude temerária, que pode criar embaraços ao normal processamento da demanda.

Sem prejuízo de outras sanções correlatas – como o do crime previsto no art. 347 do Código Penal, que trata da fraude processual – a parte ou seu advogado que buscar induzir o juiz a erro, pela colidência das informações apresentadas em ocasiões variadas, pode ter cumulada a imputação da litigância de má-fé.

Até porque o ato processual como uma parte do conjunto de todo o processo, deve ser presidido por dois princípios basilares, impregnados de alto sentido ético – de um lado, a veracidade; e de outro, a lealdade e probidade –, dos quais não se podem afastar nenhum daqueles que intervêm na relação processual. (DIAS, 1998, p. 81)

Trata-se obrigação processual imposta a quem se utiliza da via eletrônica, a qualidade e a fidelidade que devem guardar a transmissão da peça e seu original posteriormente encaminhado. Uma vez que não apenas as partes, mas também o juiz, o representante do Ministério Público e os auxiliares do juízo são os responsáveis por esta transmissão, temos que a todos se lhes acomete tal dever processual.

De qualquer modo, mesmo naqueles atos não sujeitos a prazo, deverão os originais se dirigirem à recepção de quem deve atuar a peça transmitida pelo meio eletrônico. E em qualquer situação, deve o es-

2 Revista dos Tribunais, 663/140 (em 31/05/1988, no agr. 221.374-0, rel. Juiz Narciso Orlandi).

crivão a tudo certificar, notadamente quando entre o documento repassado por transmissão de dados ou de imagem e o original não se guardar similitude absoluta.

O que equiivale dizer que, somente **através de outra peça**, a parte ou qualquer outro dos protagonistas do cenário processual podem alterar, retificar ou aditar aquele documento enviado por instrumental eletrônico.

5 CONCLUSÕES

Faculdade e ato excepcional. Estas são, por conseguinte, as características

mais marcantes do uso do direito de petição pela via eletrônica. Isso porque geralmente o ato de se requerer ao juiz ainda deverá ser realizado pelo procedimento comum. Tanto assim que os originais devem ser entregues até cinco dias a partir do encerramento do prazo para o cumprimento do ato através de petição.

Assim que, dotado da *facultas agendi*, se constitui em uma faculdade esta prática, visto que o seu exercício podendo se desempenhar de outra maneira, qual seja, a do protocolo direto da petição ao juiz ou tribunal, é desta maneira que se realizará ordinariamente. ■

referências bibliográficas

- ARRUDA ALVIM Netto, José Manoel de & ARRUDA ALVIM, Teresa Celina. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 4ª ed., 1992
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FONTINELE, Maria da Penha Gomes. *Anotações à Lei 9.800/99*, na Revista de Informação Legislativa, abril/junho 1999, nº 142, Brasília.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As Condições no Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1991, p. 84. VELOSO, Zeno. *Condição, Termo e Encargo*, São Paulo: Malheiros, 1997. *Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, tomo III, 3ª ed., 1996.
- PAULA, Adriano Perácio de Paula. *O direito de requerer pela via eletrônica*, no Jornal do Advogado da OAB/MG, setembro 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, tomo III, 3 ed. 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 18 ed. , 1996.

FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL NA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO CIVIL



Rosemiro Pereira Leal *

sumário

01. Memória Temática.
02. Fundado Receio
03. Receio de Dano Irreparável
04. A Questão Insólita da Irreparabilidade do Dano
05. Conclusões
06. Referências Bibliográficas.

resumo

O **fundado receio**, como requisito de convicção para antecipação de tutela indicada no art.273 do CPC, decorre de **elemento** de prova já integrante da estrutura procedimental, não sendo mero temor alegado pela parte ou presunção de certeza conjecturada pelo juiz. Por outro lado, a figura do “dano irreparável” a que se afere o art.273 do CPC é uma criação insólita do legislador que perturba a tradição do direito em suas linhas fundamentais de fixação de responsabilidade jurídica.

1 MEMÓRIA TEMÁTICA

Em artigo anterior¹ concluímos que, numa concepção de Estado de Direito Democrático, não há falar em **tutela**, a não ser da lei de fonte popular, tornando-se, por isso mesmo, anacrônica a expressão **tutela jurisdicional** pela sentença que, no patamar da reflexão jurídica desse final de século, não mais pode ser entendida como ato de construção

do direito ou supletivo de direito não legislado. Assim, **antecipar tutela** não é antecipar sentença futura, mas aplicar, por antecipação, os conteúdos tutelares da lei pelo ato sentencial interlocutório, se examinado o tema na perspectiva do que dispõe o art. 273 do Código de Processo Civil vigente e ante a teorização empreendida nos institutos da **verossimilhança** e **inequívocidade** em juízo lógico da existência de prova no procedimento como fundamento de convicção do juiz.

* **Rosemiro Pereira Leal**, Doutor em Direito pela UFMG; Professor do Doutorado da UFMG e PUC/MG. Professor Titular de Processo Civil da *FUMEC/MG; Advogado*

1 LEAL, Rosemiro Pereira – *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Editora Síntese, nov.dez./1999, Ano I, nº2, pág.17 e segs.

Sustentamos que a *inequívocidade* é resultado conceitual da presença lógico-jurídica do **elemento** de prova (fato, ato, coisa, pessoa) articulada pelo **meio** legal de prova (alegações autorizadas em lei) e expresso no **instrumento** (documento formal) de prova na estrutura procedimental como pressuposto de **verossimilhança** a ser desenvolvida pelo juízo. “Assim a **inequívocidade** não seria meras impressões de certeza jurisdicional sobre a prova exibida, mas demonstração, em decisão do juízo, de **univocidade** dos aspectos que compõem a base empírica do **instituto** legal da PROVA. Só seria verossímil a alegação que se construísse pela univocidade (similitude, coexistência) das bases da prova (**elemento, meio, instrumento**), e não porque parecesse eloqüente, relevante ou verdadeira a alegação ou compatíveis os fatos e a relação de direito material alegado. Na elucidação do termo jurídico verossimilhança, há de se afastar a semântica aristotélica que situa o vocábulo como atributo de representação do que “poderia acontecer”, sem ter pretensão de ser verdadeiro, ou com o que é semelhante à verdade. (ABBAGNANO, 1998, p.1000). Acrescente-se que também as definições de **verdade** que marcam a filosofia das escolas estoíca, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje desservem a reflexão sobre o tema, porque, na epistemologia jurídica, o pensamento hermenêutico se faz a partir do processo jurídico-constutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma “realidade pressuposta” (GRAU, 1996) ou suposta (verdade causal) *a-jurídica*” (*litteris*). (LEAL, 1999, p. 17)

De conseguinte, não pode haver antecipação de tutela legal, a pretexto de estancamento instantâneo de conflito, sem que se tornem facilmente aferíveis da estrutura procedimental os aspectos lógico-jurídico-indutivos da *inequívocidade* e *verossimilhança* nos moldes aqui refletidos, também erigidos da principiologia do Processo constitucionalizado. A **antecipação de tutela** da lei só é legítima se atendidos direitos fundamentais do **Processo**.

A tendência orquestrada de mitificação de um Poder Judiciário salvador pela abolição das leis processuais, ditas como entrave ao radioso anúncio de **justiça rápida**, com apoio em Pisani, Tarzia Tommaseo e Cappelletti, traz sérias preocupações para a reflexão universitária do Direito Processual em nossos dias. Resolver questões vem assumindo a perigosa versão de solução de conflitos, sem qualquer indagação se **conflito** é o **fato** surgido da crise de cooperação entre interessados ou é o **fato** controvertido pelo exercício do direito fundamental do contraditório, porque, conforme adverte ANDOLINA, (s/d), não se imagina, no Estado Democrático, a “justa composição dos conflitos” fora do **modelo** constitucional do processo, porque “justa composição”, ainda que concebida em plano de direito alternativo ou dispositivo, suplica coexistência de lei autorizadora da transação e de **critérios** de controle jurisdicional da **correlata** garantia desse direito. (TARZIA, 1991, p. 186) (TOMASEO, 1983, p. 257).

Não há, portanto, mecanismos lógicos de *equivalentes jurisdicionais* de realização de **justiça** além ou aquém do **processo** pela atuação de mediadores, árbitros e juízes, de vez que a **garantia** de validade das transações havidas se faz

ante a existência disponível e constitucional do **processo** e não da atividade pessoal dos figurantes do procedimento.

Seria, portanto, absurdo imaginar que a solução de conflitos, no Estado Democrático, pudesse ser obtida com postergação (renúncia) de direito fundamental, a pretexto de **realização de justiça** pelo juiz talentoso. Se o acordo é obtido com aviltamento (desbalanceamento procedimental) de uma das partes, quebra-se o princípio da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, por induzir-se a parte ao acordo ou a desestimulá-la ao debate em face dos custos de um advogado, quando impossível um defensor público, ou pela morosidade das demandas. A conciliação das partes, nessas circunstâncias, equivale a coonestações explícitas com a omissão do Estado em prestar atividade de jurisdição gratuita pelo **Processo** a serviço da cidadania (art. 5º, LXXVII, CR/88).

2

FUNDADO RECEIO (NÃO PRESUNÇÃO OU SUPOSIÇÃO)

A expressão **fundado receio** de dano irreparável comparece, no Código de Processo Civil (item I, art. 273), como requisito complementar (cumulativo-imperativo) das situações jurídicas de inequívocidade e verossimilhança, uma vez que se pode ler, no texto, o “e” (conjunção) e o ponto e vírgula **antes** do “ou”, o que, por claro, coloca o **fundado receio** como elemento inapartável (não alternativo) do juízo lógico-antecipatório da tutela legal se com ele

não concorre o do abuso do direito de defesa (item I, art. 273).

Entretanto, o que provoca inquietação hermenêutica é saber se o “fundado receio” é cogitação do juízo sentenciante em face das alegações do Autor ou é **aspecto** alegado por este que se encontra fundado em prova inequívoca. O eminente THEODORO JÚNIOR (1996, p.124) anota que “pode-se ter como verossímil o receio de dano grave que concorra de **fato objetivamente demonstrável**² e não de simples receio subjetivo da parte” nosso!). Acrescentaríamos que a **verossimilhança** das alegações atinentes ao **receio de dano** deve decorrer de fato objetivamente **demonstrado** (evidenciado ou indiciariamente mostrado) no procedimento.

Portanto, o **fundado receio**, como categoria configurativa de requisito autorizador da antecipação de tutela legal, decorre do **elemento** de prova, já integrante da estrutura procedimental, apto a persuadir o julgador, não sendo, por conseguinte, manifestação de mero temor alegado pela parte. Assim, a hipótese do **fundado receio** (inciso I, art. 273, CPC) autorizativo da antecipação tutelar da lei no **iter** procedimental é categoria lógica, não presumida ou suposta, a ser inferida pelo julgador da **estrutura concreta** de procedimento instaurado, não de divagações (vazias, sem fundo probatório) aduzidas no procedimento. (LEAL, 1999, p. 17)

A persuasão no juízo antecipatório não se faz na esfera subjetiva do juiz desvinculado da realidade procedimental em bases de “probabilidade de certeza”, como quer RABONESE (1999, p. 49),

2 O grifo é nosso.

mas em face dos elementos incontroversos (fatos, atos, pessoa, coisa) prefi-xados no procedimento, mesmo porque, a ser de outra maneira, quebrar-se-ia o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CR/88) com **inefetividade do processo constitucionalizado** e fidelidade a um *justo* efetivado despoticamente pela sentença e “captado de algo metafísico, religioso e revelado por este novo homem sagrado da sociedade moderna, o magistrado”, conforme anota com inexc-dível perspicácia o eminente Calmon de PASSOS(1999, p. 33). Por isso é que, na atualidade, manifesta-se inconstitu-cional a “presunção” supletiva de ausên-cia de elemento de prova no procedimen-to, porque é o **elemento probatório** a base empírica de fundamentação do pro- vimento³.

3

RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL

O requisito de receio de irreparabilidade de dano possível, iminente⁴, como pressu- posto legal da tutela antecipada, forma-se, por ser enunciativo do juízo, a partir da existência estratificada de **elemento de prova do receio** na estrutura procedi- mental. O receio da possibilidade ou imi- nência do dano não são, portanto, corolário de elucubrações do juiz sobre fato presu- mível, mas, consoante já salientamos, é juízo lógico-jurídico de base procedimental indutivo-analítica, ainda que indiciária.

Tem-se exaltado a presteza das **tutelas de urgência** como se estas fos-

sem atos mágicos que, à guisa de pron- to-socorro jurídico pela ambulância do Judiciário, soasse, quando quisesse e a seu modo, a sirene do amparo incondi- cional a direitos que livremente supuses- sem ameaçados ou lesados. Entretanto, sentença não é tutela, mas ato jurídico **técnico-judicial** que, adotando o conteúdo da lei (tutela legal), dirime ques- tão posta no processo. Ora, se não con- tidos na estrutura procedimental os **ele- mentos** mínimos, inequívocos de prova para atendimento dos pressupostos de verossimilhança das alegações da parte, não há falar em possibilidade de “tutela jurisdicional” (sentença) substitutiva da tutela da lei, porque tal equivaleria a exer- cer jurisdição sem processo: prática já banida pelas Constituições Democráticas, embora lamentavelmente ainda privilegi- ada pelo atavismo absolutista dos jurisdicionalistas.

Note-se também, para os que ainda entendem que, no Processo de Conheci- mento, o CPC autoriza **antecipação de tutela** em juízo liminar (*inaudita altera parte*) sem prévia instalação do contra- ditório⁵, o que já rebatemos em trabalho publicado sob o título “A Lógica da Pre- liminar e do Mérito no Processo de Co- nhecimento”, que a simples leitura com- parativa dos itens I e II do art. 273 do CPC é suficiente para recusar a **anteci- pação de tutela de mérito**, no Proces- so de Conhecimento, sem adrede insta- lação do contraditório. É que, presentes os pressupostos de verossimilhança das alegações pela inequivocidade da prova⁶,

3 Art.93, IX, CR/88.

4 Item I, art. 273, CPC.

5 juízo preliminar – art. 301 do CPC

6 art. 273 – caput

cumulativa ou alternativamente o juiz só aplicará a tutela, tendo em vista o receio de dano irreparável⁷ ou de difícil reparação **ou** “fique caracterizado o abuso do direito de defesa **ou** manifesto propósito protelatório do réu”⁸.

Logo, o juiz, por imperativo legal, há de escolher, **antes** de conceder a antecipação tutelar da lei, entre **três hipóteses** aferíveis da estrutura procedimental: **1)** fundado receio de dano irreparável; **2)** abuso de direito de defesa; **3)** manifesto propósito protelatório do réu. Óbvio que esta última decorre da segunda hipótese.

Seria estreitar o campo decisório do juízo de antecipação tutelar de mérito, com violação do instituto da ampla defesa⁹ excluir-se qualquer das **hipóteses** de convencimento estabelecidas no CPC no **momento** da concessão ou denegação da tutela legal. Assim, concorrentemente ou, por exclusão de um deles, os **aspectos** de receio de dano irreparável ou abuso de direito de defesa devem ser de inferência possível no **momento** da antecipação da tutela do art. 273 do CPC, exigindo-se, portanto, para a legalidade do ato sentencial, que a oportunidade de DEFESA já tenha sido dada ao réu no **instante** da antecipação total ou parcial da tutela pretendida no pedido inicial. Daí a impossibilidade de se falar em **liminar inaudita altera parte** na antecipação de tutela no Processo de Conhecimento ao qual açodadamente se agregou o instituto criado pelo art. 273 do CPC.

Também, inimaginável tutela inibitória de dano já ocorrido, porque não há receio sobre o acontecido (fato consu-

mado) ou sobre o que estivesse acontecendo (dado continuado), porque sobre fato danoso consumado ou já em consumação ou repetição seria cogitável o **procedimento cautelar** para não agravamento dos danos ou preservação ou afastamento de circunstâncias a possibilitar apuração e reparação (ressarcimento) de futuros efeitos extensivos.

4

A QUESTÃO INSÓLITA DA IRREPARABILIDADE DO DANO

O juízo cognitivo sobre a denominada **irreparabilidade** do dano ainda suscita, além de amarras contextuais na *teoria da prova*, análise econômica adequada sobre o que seja, na linguagem apresada dos reformistas, “dano irreparável”.

Inicialmente, em face do Código Civil Brasileiro (art.159) não existe a figura do “dano irreparável”, uma vez que é assegurada a reparação de quaisquer danos causados a outrem por culpa ou dolo. Assim, dano irreparável, por reflexão apriorística (receio), seria redobrado **absurdo** que jamais autorizaria cogitação de acolhimento. Ante tais antinomias, parece que o legislador, ao se referir a “dano irreparável” (item II, art.273, CPC), talvez quisesse explicitar o dano iminente a coisas de fungibilidade difícil por via de satisfação integral (direta ou subsidiária) ao prejudicado, porque – é óbvio – o dano, como efeito do ato ilícito, é sempre juridicamente reparável pelo devido ressarcimento, ainda que não plenamente compensatório.(POSNER, 1977)

7 item , art. 273

8 item II, art. 273

9 art. 5º, LV, CR/88)

Digam-se iguais observações quanto ao dano material ou moral à pessoa. Ao se justificar, como quer MARINONI (1998, p. 131), que a irreparabilidade do dano depende *a priori* “das condições econômicas do agente, é criar um direito em que ricos e pobres seriam discriminados ou em que a impossibilidade de precisão do *quantum* reparatório gerasse isenção de ressarcimento. O que se tem por certo em Direito Econômico é que só é infungível a vida humana, mas não mais irressarcível a tal ponto de só compensável pelo mito da privação de liberdade ou morte do ofensor. (FARIA, 1994 p. 94)

Aprende-se muito bem com o insigne civilista, prof. Fiuza (1998, p. 115), que “dano é expressão material de prejuízo. Pode ser material ou pessoal, este físico ou moral, ambos indenizáveis” pelo dever legal de repará-los. É inconcebível, pois, que exista “dano irreparável” como instituto jurídico ou como efeito do ato ilícito em qualquer legislação do planeta, a não ser no texto do art.273 do CPC que já está a merecer explicações dos reformistas quanto às fontes

vernaculares de estranha expressão. Não havendo a figura jurídica do “dano irreparável ou de difícil reparação”, claro que dela nenhum “receio” poderia haver, a não ser por uma singular patologia do intérprete.

5

CONCLUSÕES

A infelicidade reformista da inclusão da cognominada **tutela antecipada** no Livro do Processo de Conhecimento do Código Processual Civil já não se limita à inadequação discursivo-legal e sistemática que retira do instituto adotado a **urgência** pretendida, mas, como se anotou, o texto implantador é de imprestável aproveitamento hermenêutico pela obscuridade da linguagem que, almejando erudição, deixou propositadamente ao julgador o manejo do instituto em parâmetros autocráticos de indevassável subjetividade que inviabilizam o atendimento da exigência legal da indicação, de modo claro e preciso, das razões de seu convencimento (§1º, art.273, CPC).■

referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola – *Dicionário de Filosofia*, Martins Fontes, SP, 1998.
- ANDOLINA, Italo Augusto. *O Papel do Processo na Atuação do Ordenamento Constitucional*. Revista de Processo: Doutrina Internacional, nº87, p. 63 e segs.
- FARIA, Guiomar T. Estrella – *Interpretação Econômica do Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1994.
- FIUZA, César – *Direito Civil – Curso Completo*, Belo Horizonte: Del-Rey Editora, 1998.
- GRAU, Eros Roberto – *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros Editores, SP, 1996.
- LEAL, Rosemiro Pereira – *A Lógica da Preliminar e do Mérito no Processo de Conhecimento*, in Rev. do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano XVI, nº3, jul/set – 1998, pp. 15 e segs.
- LEAL, Rosemiro Pereira – *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Editora Síntese, nov.dez./1999, Ano I, nº2, pp.17 e segs
- LEAL, Rosemiro Pereira – *Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil*, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Editora Síntese, nov.dez./1999, Ano I, nº2, pp.17 e segs.
- MARINONI, Luiz Guilherme – *Antecipação de Tutela*, Malheiros Editora, SP, 4.ed., 1998.
- PASSOS, J. J. Calmon de – *Cidadania e Efetividade do Processo*, in Rev. de Direito Civil e Processual Civil - Síntese, Porto Alegre, set/out – 1999, Ano I, nº1, p.33.
- POSNER, Richard – *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1977.
- RABONEZE, Ricardo – *Antecipação de Tutela Initio Litis e Inaudita Altera Parte*, in Rev. Síntese de Direito Civil e Processual Civil, set/out – 1999, Ano I, nº1, Porto Alegre, p.49.
- TARZIA – *Lineamenti del Nuovo Processo di Cognizioni*, Milano, Giuffré, 1991, pp. 186 e segs.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Código de Processo Civil Anotado*, 2.ed., Forense, RJ, 1996.
- TOMMASEO, Ferruccio – *Il provvedimenti d'urgenza, Struttura e Limiti della Tutela Antecipatoria*, Padova, CESAM, 1983, pp.257 e segs.



GRUPOS DE PRESSÃO NO BRASIL

Pérsio Henrique Barroso*

sumário

01. Introdução
02. Delimitação do tema
03. Relação entre grupos de pressão e partidos políticos
04. Ligações entre grupos de pressão e partidos políticos no Brasil
05. Os canais de acesso e os recursos empregados
06. Técnicas de ação
07. Os grupos de pressão no Congresso Nacional.
08. A participação dos grupos de pressão na Assembléia Nacional Constituinte
09. Considerações Finais
10. Referências Bibliográficas

resumo

Este artigo versa sobre a relação entre grupos de pressão e partidos políticos, com o propósito de empreender uma revisão sobre o tema dos grupos de pressão, abordando pontos como os canais tradicionalmente utilizados, recursos e métodos adotados por esses grupos no Congresso Nacional e na Assembléia Nacional Constituinte.

Palavras- Chave. Grupos de pressão. Métodos. Partidos Políticos

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem como objetivo empreender uma revisão sobre o tema dos grupos de pressão, abordando pontos como os canais tradicionalmente utilizados, recursos, métodos. Relevo especial merece a relação entre grupos de pressão e partidos políticos. Neste particular, apresentamos um rol de partidos e grupos que apresentam ligação constante no Brasil. Em seguida, apontamos alguns dados sobre a presença dos grupos de pressão no Congresso Nacional e na Assembléia Nacional Constituinte, momento de intensa participação de variados setores da sociedade brasileira.

2 DELIMITAÇÃO DO TERMO

A Ciência Política e a Teoria Constitucional têm-se debruçado sobre este tema, na medida em que os grupamentos influenciam as relações reais de poder numa sociedade, várias vezes de forma determinante, embora quase nunca de maneira institucionalizada.

Nem a teoria liberal clássica, com seu exacerbado individualismo, nem a doutrina democrática previam a existência ou a atividade dos grupos intermédios entre o cidadão e o Estado. Aliás, Bobbio, ao descrever e analisar o que denomina de “as promessas não cumpridas da democracia”, entre elas inclui que “a sociedade

* Pérsio Henrique Barroso, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo, em Uberlândia.

democrática é pluralista, não monística”, justamente pela existência dos grupos intermediários..(BOBBIO, 1992, pp. 11-22 e 23). Isto como constatação de que, nos meados do século XX, “*os Grupos de pressão aparecem como elemento já provavelmente ineliminável do processo político dentro dos sistemas democráticos*” (PASQUINO, 1994, p. 570)¹. Para Bonavides, são uma realidade que tendem a ofuscar (ou já o fazem?) os partidos e os sindicatos, rumando para a institucionalização - como ocorreu com os partidos no amadurecimento do sistema democrático. Isto, aliás, já ocorreu nos Estados Unidos, onde a atividade dos grupos é bem mais aceita do que em outros países².(BONAVIDES, 1996, pp. 428, 434 e 435).

Mas a comprovada existência dos grupos de pressão é benéfica ou maléfica para a democracia? É fator de estabilidade ou de degeneração? Certamente, onde há um nível de corrupção grande, onde os grupos desempenham um papel dominante, a resposta será indicativa de uma grave crise desse sistema. E isto nos dará pistas para nossa análise adiante.

GARCIA PELAYO(1977, p. 4), em exposição realizada durante um seminário sobre Constituição e Grupos de Pressão na América Latina, perscruta a importância das organizações de interesse

para a Teoria Constitucional. Partindo de uma óptica sistêmica, o autor considera as interrelações entre os subsistemas Estado e Sociedade para concluir que estes não são mais independentes, porém totalmente interdependentes. As organizações de interesse, embora não tenham o direito formal, na prática têm um verdadeiro direito adquirido de aconselhar e mesmo de ingerir nas decisões de governo. Esta interdependência faz parecer a distinção entre o público e o privado, entre as funções e os papéis políticos, de um lado, e as funções econômicas, sociais e culturais, de outro. É um pluralismo das grandes organizações, em que, citando o exemplo de Galbraith, se confere ao presidente da GM o direito estabelecido de ser recebido pelo Presidente dos EUA quando vai a Washington. (GARCIA PELAYO, 1977, pp. 18-19)

Então,

*nos encontramos com dois níveis dentro do campo organizacional. Um constituído pelas grandes organizações com acesso premanente aos centros efetivos do poder estatal; outro constituído **por tout le reste**³, quer dizer, pelos indivíduos e organizações menores, as quais simplesmente reagem, mas não têm iniciativa de ação frente às poli-cias estatais*

1 (grifado no original).

2 Nos EUA, desde 1946, com o *Federal Regulation of Lobbying Act*, foi regulada a atividade dos grupos que há muito funcionavam junto ao legislativo. Murillo Aragão destaca que, embora seja muito rigorosa no tocante à visibilidade das informações, a legislação norte-americana permite o registro de consultores e empresas de consultorias, mas condicionada à declaração anual dos custos das ações de influência praticadas. Já no Brasil, a Câmara dos Deputados reconhece institucionalmente os grupos de pressão, conferindo-lhes direito de registro, de encaminhamento de representações e de participação em audiências públicas, enquanto o Senado Federal evita o reconhecimento institucional. Não existe compulsoriedade de credenciamento (qualquer pessoa pode praticar o lobbying desde que sua ação não esteja tipificada no Código Penal) e, ainda, não existe obrigatoriedade (nem mesmo para as entidades credenciadas junto à Câmara) de informar quais matérias legislativas lhes interessam e serão objeto de alguma ação de influência (ARAGÃO, Murillo. **Grupos de Pressão no Congresso Nacional**. São Paulo: Maltese, 1994, p. 100).

3 Grifo original.

Esta configuração de poder assemelha-se a uma sociedade estamental, em que somente as “castas” mais elevadas têm o privilégio das decisões sobre o destino da comunidade.

A participação das organizações de interesses nas decisões estatais não é só um fato, mas, no ponto de vista do eminente constitucionalista, é parte de um mecanismo necessário para o funcionamento da sociedade e do Estado de nossos tempos, que escapa à institucionalização porque, mesmo onde essa tentativa ocorreu, não obteve sucesso. (GARCIA PELAYO, 1977, pp. 22-23).

A posição acima apresentada, embora não deixe de ser relaísta quanto à configuração de poder da sociedade, é carregada de conservadorismo, ao referendar a dominação dos grandes grupos econômicos em detrimento de *tout le reste*, aí incluídos os outros grupos que não têm acesso aos meandros burocráticos e, enfim, ao governo, como, na maioria das vezes, os movimentos sociais; portanto, sem força de influência nas decisões estatais. O renomado autor parece-nos posicionar-se, assim, passivamente ao lado da continuidade desta situação de apropriação do Estado pelos setores economicamente hegemônicos.

BOBBIO (1994, pp. 24-26) coloca esta realidade entre mais uma das promessas não cumpridas da democracia: a representação política não é de todos, mas é representação dos interesses de alguns, que têm um acesso mais facilitado aos centros de poder. Ainda neste ponto, BONAVIDES (1996, pp. 436-440) reco-

lhe vários argumentos contra e a favor da atuação dos grupos de pressão. Entre os aspectos negativos, destaca-se que, entre tantos, os interesses particulares se sobrepõem ao bem-comum; os grupos vencem pela força, não pela razão ou bom senso; suas técnicas nem sempre são legítimas, como o suborno e a intimidação; eles promoveriam uma mistificação da opinião; há o perigo do fim da democracia representativa, com a assunção de uma “grupocracia”⁴. Por aspectos positivos tem-se entendido que o seu fim é legítimo, uma vez que dão um suporte de organização a interesses que não poderiam ser defendidos pelo cidadão solitariamente, dada a complexidade da tarefa governativa; que prestam função informativa à população, esclarecendo sobre pontos obscuros ou que não receberiam a devida atenção se não fosse a ação dos grupos, e (!) há autores que vêem como positiva a “despolitização” do conflito de classes, reduzindo-o a um conflito de interesses, garantindo a conservação do sistema capitalista⁵.

Mas o que caracteriza os grupos de pressão, ou grupos de interesse, ou *lobbies*? De início, cumpre diferenciar o sentido dos termos que são utilizados como sinônimos.

A palavra *lobby*, de origem inglesa, significa *saguão* ou *corredor*. O *lobbying* é a prática dos membros de grupos que se acercam de burocratas ou parlamentares, nos corredores do Congresso ou nos saguões dos grandes hotéis onde estes se hospedam, na tentativa de influenciar-lhes as decisões. (PASQUINO, 1994, p. 563). A utilização de *lobby* com referência ao grupo em si, embora de uso

4 Bonavides (Op. cit., p. 436-440) faz uma recolha das críticas, mas não é delas partidário. Entende que os grupos surgem em razão das deficiências do sistema representativo.

5 Idem, *ibidem*, p. 436-440.

comum, configura uma metonímia, pela qual a atividade realizada por um grupo passa a designar o próprio grupo. Ainda, deve-se ressaltar que, muitas vezes, o emprego do vocábulo é restrito a um determinado tipo de grupos de pressão, que se utiliza de certos meios e é proveniente de um setor econômico privilegiado. Esta é, aliás, a acepção, carregada de sentido pejorativo, pela qual os grupos de extração popular ou operária vão entender os seus fortes adversários ligados ao capital, que se utilizam não apenas de meios legais, mas abundantemente da corrupção⁶.

A expressão grupos de interesse, por sua vez, embora seja a mais difundida, peca pela extrema vagueza ou pela restrição de interesse a interesses econômicos. (PASQUINO, p. 364)

Resta, então, o termo grupos de pressão, que indica, segundo PASQUINO (1994, p. 564), “*ao mesmo tempo, a existência de uma organização formal e a modalidade de ação do próprio grupo em vista da consecução de seus fins: a pressão*”, que *ênão tanto como pensam alguns autores, a possibilidade de obter acesso ao poder político, mas a possibilidade de recorrer a sanções negativas (punições) ou positivas (prêmios), a fim de assegurar a determinação imperativa dos valores sociais através do poder político.*

3 RELAÇÃO ENTRE GRUPOS DE PRESSÃO E PARTIDOS POLÍTICOS

Muito se tem discutido acerca da natureza dos grupos de pressão, procu-

rando estabelecer as semelhanças e diferenças com os partidos políticos.

Tanto os grupos quanto os partidos conduzem interesses de seus membros aos centros de poder; ambos são instrumentos representativos e, ainda, ambos foram combatidos pelo Estado liberal. (BONAVIDES, 1996, p. 429). No tocante às diferenças, pode-se elencar que os grupos têm uma atuação transitória sobre o poder, mesmo que freqüente, com o interesse de dele se aproximar para conseguir influenciar suas opções, e não de propriamente gerir o poder, como o procuram fazer os partidos, que o têm como objetivo político permanente, utilizando-se dos pleitos eleitorais para realizá-lo. Estes últimos teriam uma perspectiva global, voltada a interesses gerais, enquanto os primeiros estariam interessados na defesa apenas de seus interesses de grupo, portanto, portadores de uma perspectiva parcial, limitada pelo seu ponto de vista. Os partidos visam a representação do povo no Estado, no âmbito do público, e os grupos representam uma classe de pessoas no campo social, no âmbito privado. Por fim, os partidos têm um programa de atuação e detêm responsabilidade política, enquanto os grupos de pressão nem sempre expõem ao público seus verdadeiros objetivos e não são politicamente responsáveis. (BONAVIDES, 1996, p. 430) (PASQUINO, 1996, p. 565)

Porém, mesmo com todas essas distinções, não raro os grupos de pressão estão enxertados nos partidos. No dizer de Bonavides, “sua atividade introduz na ordem constitucional um elemento novo

6 O Brasil, infelizmente, é escandalosamente pródigo em exemplos. Só para citar um: o envolvimento de empreiteiras com contribuições de campanha e pagamento de comissões a parlamentares (os “anões do Orçamento”) para incluir obras no Orçamento da União, conforme investigado por Comissão Parlamentar de Inquérito.

de poder, que não se acha nos textos, e sem o qual o sistema partidário pelo menos ficaria inteligível”. Referente a essa interpenetração, Pasquino vislumbra três situações: a) os grupos de pressão controlam o partido, não só com financiamento de campanhas, mas chegando a escolher os dirigentes e determinando a política a seguir, o que “engessa” a atuação partidária, impedindo combinações que busquem um apoio mais amplo; b) os grupos de pressão são dominados pelos partidos, o que os impede de articularem autonomamente as questões atuais da sociedade, ideologizando suas ações e diminuindo, assim, sua capacidade de fazer compromissos, e c) “existe identidade de interesses entre alguns grupos e alguns partidos sobre temas importantes, mas *jamais* sobre todos os temas politicamente relevantes”, mesmo porque os programas partidários não são redutíveis a tão-somente as pressões dos grupos. (PASQUINO, 1994, p. 565).

4

LIGAÇÕES ENTRE GRUPOS DE PRESSÃO E PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

São visíveis as ligações entre grupos de pressão e partidos políticos no Brasil. Os grandes grupos econômicos não só apóiam e financiam a maioria dos partidos, como têm parlamentares e dirigentes partidários saídos dos seus quadros. Exemplos mais claros são a Confederação Nacional da Indústria, a Federação das Indústrias de São Paulo e as associações ruralistas, como a UDR,

União Democrática Brasileira, bem como as grandes empreiteiras nacionais, Odebrecht, Andrade Gutierrez, entre outras⁷.

Os movimentos de trabalhadores, por sua vez, utilizam, no plano político, os partidos cujos parlamentares tenham sido apoiados eleitoralmente pelos sindicatos e entidades de trabalhadores ou partidos que possuem vinculação com áreas sindicais, de acordo com o seguinte esquema:

PT - Partido dos Trabalhadores: CUT - Central Única dos Trabalhadores;

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro: CGT - Confederação Geral dos Trabalhadores e CGT II - Central Geral dos Trabalhadores;

PTB - Partido Trabalhista Brasileiro: CGT - Confederação Geral dos Trabalhadores e USI - União Sindical Independente;

PDT - Partido Democrático Trabalhista: CGT - Confederação Geral dos Trabalhadores e CGT II - Central Geral dos Trabalhadores. (ARAGÃO, 1994, 53)

5

OS CANAIS DE ACESSO E OS RECURSOS EMPREGADOS

Um outro aspecto de importância a ser abordado sobre este tema é o relativo aos canais utilizados e também aos recursos empregados.

No tocante aos canais, a atenção dos grupos de pressão está mais voltada para o governo e a administração pública, como ainda para os parlamentares e os partidos. Mais raro, há grupos que apenas desenvolvem ações sobre a opinião públi-

⁷ No tangente à participação das empreiteiras no trato com os parlamentares, vejam-se os episódios revelados pela CPI da corrupção, dos “anões do Orçamento”, já referidos.

ca por meio de propaganda. O comum é se utilizar alguma campanha publicitária apenas como etapa intermediária da pressão a ser empreendida. (PASQUINO, 1994, p. 567) (BONVIDES, 1996, pp. 432- 434)

Em países onde há maior transparência administrativa, a atividade dos grupos de pressão é considerada legítima e é feita às claras, muitas vezes com regras limitando sua atuação. Em outros em que a pressão é considerada nociva e ilegítima, por causa da corrupção, a tendência é que ela seja feita às escondidas, tendo como alvo principal não os parlamentares, mas os ministérios. (PASQUINO, 1994, p. 567)

A extensão da área de atuação do Estado também vai ser um importante fator de influência sobre a atividade dos grupos de pressão. Com o Estado de Bem-Estar houve um alargamento das funções estatais, o que incrementou a disputa pela aplicação de verbas para programas econômicos, previdenciários e sociais, forçando uma organização maior dos grupos para garantir decisões favoráveis ou impedir decisões desfavoráveis. Outro detalhe interessante é que, com essa expansão, os órgãos paraestatais se erigiram em grupos de pressão como poderíamos exemplificar com a nossa Petrobras.

Pasquino afirma que as probabilidades de sucesso de um grupo de pressão estão vinculadas sobremaneira aos *recursos* de que dispõe, destacando-se não só os recursos financeiros, mas também os de conhecimento. No entanto, acrescenta que essas probabilidades aumentam quando “os associados e os líderes da organização provêm de estratos sociais superiores, quando o grupo procura pro-

mover fins que não estejam em conflito com os valores sociais dominantes e quando o grupo é considerado legítimo pelos *decision-makers*”, ao passo que Bonavides considera que “o poderio de um grupo se mede quer pelo grau de eficiência e organização com que emprega os seus instrumentos de ação, quer pela qualidade e quantidade de seus membros” não citando, todavia, explicitamente a riqueza como fator de sucesso do grupo.

A riqueza de um grupo pode servir para corromper um parlamentar ou funcionário público, para financiar campanhas de candidatos ou de partidos inteiros, e ainda para manter uma estrutura de consultores preparados e influentes.

6 TÉCNICAS DE AÇÃO

Por evidente, as técnicas de ação vão ser utilizadas em função do canal específico que se quer atingir: opinião pública, partidos, órgãos legislativos, o governo, a imprensa. Podem ir desde a persuasão até a corrupção e, se necessário, a intimidação.

Como já visto atrás, a melhor forma de um grupo se beneficiar de um partido é providenciando seu financiamento. No legislativo, o alvo preferencial são as comissões parlamentares, por serem formadas por poucos parlamentares, colocados em posições-chave: “a sorte das leis (...) se decide menos no plenário do que nas comissões técnicas de cada câmara”. Quanto ao governo, os meios utilizados são as manifestações de massa, greves, protestos, boicotes. (BONAVIDES, 1996, pp. 432 a 434)

Os grupos de pressão dispõem de organizações jornalísticas ou influenciam

os meios de comunicação através da publicidade. Todavia, afirma BONAVIDES, (1996, p.434)

a pressão mais refinada é aquela que se faz mediante notas e editoriais, que o público supõe inspiradas no interesse da coletividade. Forma o público portanto sua opinião segundo aquela pauta sutilmente imposta pelo grupo. Este acaba extraindo enfim do poder executivo uma decisão acomodada na aparência ao interesse geral e sem atritos com a opinião pública já domesticada.

Fundamental esta observação feita por Bonavides. O único reparo que poderíamos fazer, ou aditar a sua análise, é que a “pressão mais refinada” das notas e editoriais só pode e é feita pelos grupos que detêm um grande poder econômico, nacionais e mesmo inter- (ou multi) nacionais.

7

OS GRUPOS DE PRESSÃO NO CONGRESSO NACIONAL

Uma interessante pesquisa foi desenvolvida sobre a atuação dos grupos de pressão no Congresso Nacional, em Brasília. A análise revela como empresários, trabalhadores e grupos de natureza diversa têm-se comportado frente aos parlamentares, na tentativa de obter soluções favoráveis para as questões que lhes são afetadas. (ARAGÃO, 1994, p. 100)

Segundo o autor, o retorno dos tra-

balhadores como grupo de pressão junto ao Congresso Nacional compreende três etapas. A primeira se deu com o credenciamento de entidades para monitorização e assessoramento junto à Câmara dos Deputados, na segunda metade dos anos 70, como, por exemplo, a CONTAG (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura). A segunda se inicia com a criação do Partido dos Trabalhadores, partindo-se da constatação de que os trabalhadores não estavam representados no Legislativo. Por fim, a partir de 1983, com a criação do DIAP - Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - surge a terceira etapa: (ARAGÃO, 1994, pp. 50-53)

A atuação do DIAP foi sempre intensa. Aliando correntes sindicais adversárias, o DIAP conseguiu trabalhar em favor das necessidades dos trabalhadores, o que teve como ponto culminante os resultados significativos alcançados no processo constituinte⁸.

As entidades empresariais sempre estiveram credenciadas para a monitorização legislativa, e em maior número do que as de trabalhadores, porque, entre outros fatores, dispõem de mais recursos, o que lhes permite a manutenção de base de atuação em Brasília e contratação de consultores. (ARAGÃO, 1994, pp. 58 a 61)

Os grupos de natureza diversa, principalmente os ambientalistas, diferentemente do que acontece nos Estados Unidos, não dispõem de orçamentos milionários, e sua atuação se dá predominan-

8 Em 25.6.87, **O Estado de S. Paulo**, com o título “Lobby sindical, o mais forte”, relata a importância do trabalho realizado pelo DIAP como grupo de pressão na Constituinte, representando os trabalhadores de diversos sindicatos de todo o país, em defesa dos interesses dos trabalhadores. Um quadro detalhado da participação de cada constituinte nas questões trabalhistas foi realizado pelo DIAP e pode ser conferido em **Quem foi quem na Constituinte nas questões de interesse dos trabalhadores**. São Paulo: Cortez/Oboré, 1988.

temente no campo, sendo esporádicas e pontuais suas investidas junto ao legislativo. Do mesmo modo, a Igreja, que foi especialmente ativa no processo constituinte.⁹

Embora já nos tenhamos referido a algumas técnicas usadas pelos grupos de ação, permitimo-nos a transcrição do quadro abaixo, referente aos procedimentos dos grupos de pressão nas atividades de influência do legislativo:

*Procedimentos internos*¹⁰

- a) monitorização regular ou eventual;
- b) avaliação do timing no processo decisório da questão;
- c) elaboração de documentos e justificativas que apóiem as pretensões do grupo, inclusive emendas e substitutivos;
- d) avaliação sobre uso de pessoal próprio e/ou consultoria externa;
- e) identificação de possíveis aliados ou adversários quanto ao interesse do grupo; e
- f) elaboração de um plano mínimo de atuação, prevendo contatos pessoais e escolha de instrumentos de atuação.

Procedimentos externos

- a) envio de correspondência e documentos a parlamentares, poder Executivo e demais interessados;
- b) visitas e contatos pessoais com parlamentares, funcionários do Congresso, poder Executivo e demais interessados;
- c) realização de eventos institucionais e/ou sociais;
- d) participação em debates e audiências públicas nas Comissões;

- e) realização de viagens;
- f) uso de assessoria de imprensa;
- g) uso da propaganda;
- h) edição de publicações;
- i) obtenção de apoio junto ao eleitorado do(s) parlamentar(es) envolvido(s);
- a) organização de coalizões de interesses; e
- l) organização de manifestações públicas.

8

A PARTICIPAÇÃO DOS GRUPOS DE PRESSÃO NA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

Ainda segundo a pesquisa de ARAGÃO, (1994, p. 53):

Com a Assembléia Nacional Constituinte, o empresariado se convenceu definitivamente de que o relacionamento com o Poder Legislativo era necessário não apenas para buscar influir no processo decisório ou abrir canais de comunicação com o poder Executivo mas também para obter elementos e informações valiosos para o planejamento estratégico dos seus setores e empresas.

No processo constituinte, entre 1987 e 1988, a participação dos grupos de pressão foi ainda mais relevante. ARAGÃO, (1994, p. 105) conseguiu identificar “383 grupos e entidades associativas atuantes na defesa de seus interesses na Assembléia Nacional Constituinte”.

As audiências públicas, realizadas no primeiro estágio da Assembléia Nacional

9 Idem, ibidem, p. 58-61.

10 FONTE: ARAGÃO, Murilo *Grupos de Pressão no Congresso Nacional*. São Paulo: Maltese, 1994, p. 71.

Constituinte, pelas vinte e quatro subcomissões temáticas, propiciaram um contato direto entre parlamentares e população. E nesse ambiente, não apenas os grupos de pressão ligados às classes hegemônicas tiveram espaço, porém, e talvez com maior aproveitamento, os movimentos populares. Foi “uma espécie de auditoria do Brasil real”, em que o lobismo encontrou “um antídoto e os constituintes (...) [foram] devolvidos ao diálogo com o povo, agora não mais à cata de voto e em busca de eleição”. (FERNANDES, 1988)

Outras formas de atuação que também demonstram um grau de eficácia são: busca de apoio junto às bases eleitorais dos parlamentares; formação de coalizões e manifestações. Dentre as manifestações, na Constituinte, houve exemplos bem elucidativos quanto à visibilidade deste meio, com a ocupação das galerias do Congresso, “proporcionados pelos militantes da UDR (...) e pelos integrantes do Movimentos dos Sem Terra e da CONTAG na batalha em torno da reforma agrária” (ARAGÃO, 1994, p. 86)

A pressão popular fez-se presente de tal forma, que chegou a incomodar o *lobby* americano. O embaixador dos EUA no Brasil à época, Henry Shlaudeman, promoveu várias reuniões com representantes de empresas americanas instaladas no

Brasil, visando impedir, por meio de pressão, a vitória de teses esquerdistas na Constituinte. Seu principal articulador na ANC foi o senador Roberto Campos¹¹.

9

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se, pelo exposto, a necessidade de maior regulamentação da atividade dos grupos de pressão no Brasil, a fim de conferir maior transparência ao processo político. O que se revela como inovador, de todo modo, é a participação de grupos de extração popular nos últimos anos, sobretudo no momento excepcional que foi a Assembléia Nacional Constituinte, em 1987-88. É certo, porém, que não apenas esses setores utilizaram-se dos meios disponíveis para a defesa de seus interesses. Alguns grupos de pressão tradicionais atuaram decisivamente no escopo de conservar na Constituição seus privilégios e para barrar possíveis conquistas “progressistas”. O interessante é que tais grupos usaram não apenas dos canais usuais, quase sempre secretos e, às vezes, escusos, como souberam aproveitar também de instrumentos como as emendas populares e a ocupação das galerias do Congresso para defender suas teses¹².

11 O Estado (de S. Catarina), 28.6.87. Na pesquisa do DIAP, **Quem foi quem na Constituinte nas questões de interesse dos trabalhadores**. São Paulo: Cortez/Oboré, 1988, Roberto Campos mereceu nota zero e o seguinte comentário: “um dos grandes quadros da direita, em sua atuação na Constituinte não consta um único voto a favor dos trabalhadores ou dos movimentos populares. Parlamentar internacionalista, favorável às multinacionais, é contrário a qualquer tipo de reserva de mercado. Votou contra a reforma agrária, contra o direito de sindicalização do servidor público e contra o direito de voto aos dezesesseis anos. Defende a privatização das empresas estatais” (p. 245).

12 Para uma visão mais detalhada da participação dos grupos de pressão na Assembléia Nacional Constituinte, recomendamos nossa obra **Constituinte e Constituição: participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba: Juruá, 1999.

referências bibliográficas

- ARAGÃO, Murillo. Grupos de pressão no Congresso Nacional. São Paulo: Matese, 1994.
- BOBBIO, Norberto, O futuro da democracia- uma defesa das regras do jogo. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 6. ed. Vol. 1. Brasília: UnB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERNANDES, Florestan. Invasão e desafio. Folha de São Paulo, 08/05/1998.
- GARCIA- PELAYO, Manuel. Constitución y grupos de presión en América Latina. México: UNAM, 1977.
- PASQUINO, Gianfranco. Grupos de pressão. In: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 6. ed. Vol. 1. Brasília: UnB, 1994.



JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA

Edihermes Marques Coelho*

sumário

01. Prólogo
02. O juiz e as leis
03. Legalidade e Legalismo
04. Aplicadores. Intérpretes ou criadores?
05. Dever e poder
06. Referências Bibliográficas

resumo

Este artigo identifica o perfil de atuação jurídica construído como ideal pelo capitalismo moderno para a consecução de seus objetivos políticos: o legalismo jurídico. A partir disso, demonstra que tal perfil de atuação é inadequado para a idéia de democracia constitucional contemporânea, apregoando uma postura crítica 'construtivista' por parte dos operadores jurídicos como possível solução intrajurídica. Ressalta nesse caminho o papel do Poder Judiciário, que por sua estatérgica posição dentro da construção do Direito, seria o principal viés de construção de uma prática jurídica não legalista e 'construtivista'.

Palavras-Chave Democracia. Legalismo jurídico. Prática jurídica.

1 PRÓLOGO

O presente trabalho busca abordar a magistratura dentro do seu universo social e profissional, tendo em vista identificar os limites e o perfil constitucionalmente adequados para a atuação profissional. Assim sendo, as análises aqui feitas têm dois objetivos fundamentais: (a) identificar os parâmetros constitucionais que o magistrado deve levar em conta no exercício jurisdicional e (b) identificar, a partir disso, como ele pode cumprir seus deveres como profissional-cidadão.

Para tanto, parte-se de um ponto fundamental, pressuposto das reflexões aqui expostas: *a defesa do sistema de-*

mocrático de poder, entendendo-se que este é o sistema de poder adotado na Constituição Federal brasileira.

A democracia é tida aqui como 'um valor universal', nos moldes dos argumentos expostos por COUTINHO (1984). Isso indica que a democracia seria um imperativo para qualquer sistema político-econômico.

O fato é que o Poder Judiciário, dentro do sistema democrático de Poder, é um Poder 'sui generis' no contexto institucional, devido às funções que *potencialmente* pode exercer frente à população e frente aos outros Poderes. Outro não é o sentido do que afirma ZAFARONI (1995), ao ressaltar a necessidade de um Judiciário comprometido efetivamente com a democracia. Tal

* **Edihermes Marques Coelho**, Mestre em Direito pela UFSC; doutorando na mesma instituição; advogado; professor de Direito Penal na Universidade de Uberaba e no Centro Universitário do Triângulo

especificidade gera dois compromissos muito especiais - com o próprio sistema democrático de poder e com a transformação da sociedade em termos da construção e consolidação da cidadania.

Primeiramente, o magistrado (órgão do Poder Judiciário) deve pautar sua conduta em torno da manutenção e fortalecimento do sistema democrático de poder. Neste intuito, sua conduta decisional ou administrativa de conflitos precisa estar atenta à igualização *materi-al* do tratamento dado às diferentes pessoas de diferentes camadas sociais que a ele recorrem.

De outra parte, no que respeita ao próprio conteúdo de sua conduta jurisdicional, são axiologicamente imperativas as garantias de cidadania inseridas no sistema jurídico¹. Garantias como, por exemplo, os fundamentos da República Federativa do Brasil, constantes no artigo 1º da Constituição Federal, ou os seus objetivos fundamentais, constantes no artigo 3º. São elementos jurídicos cuja aplicação mais e mais deve ser maximizada, por imposição axiológica positiva ou como censor de conteúdo da aplicação de leis.

A conduta e postura hermenêutica dos magistrados é decisiva sobre o caráter democrático do Judiciário nas sociedades atuais, mormente nas sociedades periféricas como a brasileira em que a necessidade de compromisso e responsabilidade perante a sociedade, principalmente junto às camadas mais carentes, torna-se imperativa na construção de uma cidadania democrática.

2

O JUIZ E A LEI

Propugna-se já desde muitos anos – em especial a partir do século passado – a vinculação do juiz às normas estatais. O magistrado exerceria suas funções subsumido ao poder da norma, sendo limitado seu poder interpretativo e valorativo na atuação decisional.

Linhas mais fortes definem o juiz como a “boca da lei”, como um aplicador daquilo que estiver positivado. Neste sentido, o juiz se enquadraria quase como uma engrenagem asséptica de um sistema operacional. A função do julgador seria de aplicação silogística “pura” do estabelecido em lei para os conflitos concretos da sociedade.

Linhas intermediárias definem o juiz como um representante do “espírito da lei”, um intérprete do conjunto originário de ideais que as leis apresentam. Aqui, mais do que uma subsunção objetiva, o papel do julgador seria o de operar uma subsunção de sentido, ou seja, identificar o sentido do mandamento legal e condicionar os casos concretos a um tal sentido.

Linhas mais fracas definem o juiz como um identificador do “espírito do legislador”, como um intérprete dos motivos originais das normas. O julgador haveria de identificar os motivos e os objetivos que guiaram o legislador na construção normativa.

Traço comum, porém, entre essas várias faces de pensamento é a vinculação à norma. A norma não simples-

¹ Cabe aqui salientar que a idéia de sistema jurídico não é compreendida, ao longo das linhas seguintes, de um modo fechado, acabado, mas sim dialeticamente. Sobre o assunto ver COELHO (1995) e FREITAS(1995).

mente como uma referência de conteúdo, mas como *um mandamento de conteúdo*. A ação decisória judicial viria dependente da norma, viria subsumida adopitivamente à normatividade estrita.

Argumento forte a favor de tais posturas é aquele que as defende como uma garantia contra o arbítrio. A ascensão do positivismo jurídico veio, efetivamente, num sentido histórico, como uma reação ao poder absoluto monárquico, antes imperante. A afirmação da lei como a força máxima vinha, assim, como uma forma de situar os direitos populacionais num campo além do poder de governo. Por outro lado, porém, a ‘deusificação’ do legal preparava o terreno para a consolidação de um poder de classe novo, que precisava assumir um aparente caráter extra-classe na sociedade. Isto porque, enquanto o poder monárquico se fundava em mandamentos divinos e na tradição, o poder burguês fundava-se na reação ao poder monárquico e na “democratização” geral – ao menos formal - dos direitos individuais.

Ora, assim sendo, necessitava a burguesia que os direitos dos quais ela se dizia defensora fossem aparentemente garantidos, sem que isso representasse, no entanto, um comprometimento dos seus interesses de classe. O caráter neutro e o legalismo vinham, assim, como um isolamento formal do jurídico em relação ao poder constituído. Essa exclusão (aparente) da política do universo jurídico possibilitava que a classe burguesa manobrasse num campo de ações políticas onde a manipulação das aparências era mais tranqüila para os seus interesses.

A atuação do magistrado, para que o Direito pudesse satisfazer os interesses

da classe ascendente, precisava se dar nos limites de uma normatividade estrita. Assim, o Judiciário, como sumo aplicador do Direito, estaria idealisticamente posicionado acima dos conflitos sociais, fora deles, e desconectado das complexidades axiológicas do Direito.

2.1 – As Dificuldades do Legalismo

Hoje nos cabe, porém, questionar tal vinculação. O juiz subsumir-se à norma no exercício de sua função jurisdicional é um tipo de postura que gera determinadas dificuldades a ele individualmente como magistrado e como órgão de Poder de um sistema pretensamente democrático. Dificuldades como, por exemplo, o afastamento dos juízes da realidade social sobre a qual atuam; a falta de legitimação do Judiciário como Poder institucional; a mera formalização (e problematização) do acesso à justiça por parte das camadas populares mais pobres.

A humanidade entrou em uma fase de sua história cuja maior característica pode ser definida como a constante alteridade. As dimensões espacial e temporal estão num estágio de mudanças altamente velozes. Fatores como a comunicação de massa, a informática, a biotecnologia, alteram completamente os parâmetros de organização, convivência e controle sociais.

Realidades dimensionais positivas se alternam com carências e crises sociais. Avanços cada vez mais sensíveis em termos de conhecimento, tecnologia, modernização, contato entre pessoas, grupos, povos, contrastam com alarmantes níveis de desnutrição e subnutrição, marginalidade social, política e legal.

A lei do Estado não funciona mais como A LEI. Nas grandes cidades, cada grande favela tem parâmetros de vida moldados segundo um paralelismo entre a legalidade estatal e uma legalidade “marginal”.

Os casuismos das matrizes de organização social demonstram um fator decisivo para o posicionamento da atuação do Judiciário. Isto porque o magistrado está constantemente posto frente a frente com essas dimensões plurais da realidade social. Seu poder jurisdicional igualmente recai sobre indivíduos que vivem plenamente sob a ordem estatal e indivíduos que vivem parcialmente sob tal ordem estatal.

Duas principais linhas de questões surgem a partir disso:

- existe possibilidade da legislação acompanhar o ritmo às vezes frenético das mudanças sociais? Pode conseguir a lei estatal regular todo um universo de situações multifacetadas da realidade social?;

por outro lado:

- como pode a magistratura posicionar-se em relação aos casos concretos que lhe são postos sob análise de um modo tal que sua intervenção não se dê distanciada da concretude social? Deve um magistrado ignorar a concretude social em que estão inseridos os indivíduos em conflito judicial?.

Tem-se, pois, que o legalismo não permite o adequado acompanhamento do complexo de transformações sociais. Pode-se dizer que a lógica da vida é dinâmica e a lógica da lei é estática. De modo que o magistrado só conseguirá acompanhar o universo social a que sua prestação jurisdicional atinge à medida que seu parâmetro lógico-hermenêutico

não se restrinja ao formalismo legalista, alçando vôos na direção de uma atuação dialética comprometida com transformações sociais e intencionada para a resolução das carências sociais (como instrumento de concretização das diretrizes axiológicas constitucionais).

3

LEGALIDADE E LEGALISMO

É essencial neste ponto que se faça uma distinção fundamental: aquilo que representa o legalismo e aquilo que respresenta a legalidade.

Isso porque *o legalismo* parte da idéia de exclusividade ou absoluta prevalência da lei para fins da atuação dos juristas em geral e especialmente dos magistrados. Extrapola-se a dimensão de respeito a direitos civis positivados ínsitos à democracia para adentrar-se à restrição dos parâmetros de intervenção do jurista. O que, dependendo das forças que tiverem hegemonia no país, pode mesmo significar a desintegração de certos níveis de organização democrática.

A idéia de *legalidade*, por sua vez, nos traz a dimensão concreta de que há necessidade de evitar (tanto quanto possível em uma sociedade multifacetada) a dispersão das garantias sociais inseridas no sistema jurídico. Garantias de democracia que atingem o plano político, o plano de direitos civis individuais e coletivos, o plano de direitos sociais, consolidam o perfil de uma sociedade democrática (a democracia possível) para o presente e possibilitam a construção institucional de uma democracia plena para o futuro.

Enquanto a idéia de legalismo é totalizante, a idéia de legalidade é *um componente* de um contexto de intervenção

jurídica. Neste sentido, a legalidade é instrumental democrático que posiciona o jurista em sua atuação, sem no entanto atrelá-lo a uma subsunção restritiva, funcionando mais como referência decisional.

Assim o sendo, o magistrado que pretende pensar sua atividade jurisdicional em parâmetros de responsabilidade transformativa para com a sociedade em que vive há de ter em conta a legalidade.

Não se faz aqui a apologia do julgamento “*contra legem*”. Dificilmente uma decisão de cunho socializante deixaria de encontrar guarida em diretrizes legais de cunho aberto, mormente nas diretrizes constitucionais que, bem preleciona José Afonso da Silva, são normas jurídicas.

Não obstante se tenha feito nas linhas anteriores a defesa da idéia de legalidade, é essencial que se tenha claro que a legitimidade não se confunde com ela. Certamente que em um sistema democrático, idealmente concebido, o jogo institucional de poder é o palco referencial para a conquista dos espaços de legitimação. E, nesse jogo institucional, já na feitura de leis temos um campo privilegiado.

Havemos de ter claro, entretanto, alguns fatores: a sociedade é contraditória por si só, tanto em termos econômicos como em termos políticos; suas dimensões culturais são multifacetadas; o “jogo do poder” se dá sob a forma de uma disputa de interesses ideológicos (e, quando não, sob uma disputa de interesses grupais que, mal ou bem, refletem fatores de classe).

Por conseguinte, a concretude democrática é falha em relação à sua idealização. E a concretude das leis traz alguns problemas em relação às carências do corpo social, por refletir de algum modo esses problemas.

Neste cenário, os magistrados, como componentes de um Poder institucional especial (porque age inclusive sobre certas condutas dos outros Poderes), têm tarefas ímpares no contexto de uma sociedade democrática. Uma delas é a de exibir uma conduta atenta às carências gerais mais prementes da população em geral, de modo a não desconsiderá-las em suas decisões. Outra é a de, sob a perspectiva de reforço democrático (que deve estar sempre presente para todos aqueles que compõem os Poderes institucionais), reportar-se aos valores (constitucionais) do sistema mais adequados no sentido de atender às expectativas geradas pelo conjunto de carências sociais. Ainda, devem eles ter claras as disparidades culturais e econômicas de nossa sociedade, e adotar a postura de facilitadores do acesso à justiça.

Afinal,

“democracia é um jogo dialético em que todos podem assumir o seu próprio poder e efetivá-lo à medida em que cada um contribua para a realização do autêntico poder dos demais (...). Neste enfoque, deve o julgador assumir sua parcela de apoder antes que o arbítrio o faça. Referimo-nos ao poder de criar, isto é, poder jurisdicional em amplo sentido: poder, em suma, de aproximar, hermeneuticamente, legalidade e legitimidade.”

(FREITAS, 1989, p.73).

4

APLICADORES, INTÉRPRETES OU CRIADORES?

A lei, os precedentes jurisprudenciais, as normas constitucionais, são formas institucionais de comunicação humana. Juridicamente, há um constan-

te caminho de compreensão e definição de sentido de tais formas. Caminho que busca objetivar o sentido das situações específicas que haverão de ser atingidas pelo conteúdo de tais formas comunicantes. Este processo de definição de sentido logicamente precede às enunciações decisórias dos magistrados.

A definição de sentido dos textos jurídicos, mormente os legais, é um processo de interpretação chamado de hermenêutica. Sua aplicação se dá, por vezes, de modo geral (uma súmula, por exemplo); via de regra, no entanto, tem-se o processo hermenêutico aplicado amiudadamente, na concreção jurídica, e especificamente, caso a caso.

É possível identificar três linhas básicas de pensamento a respeito da atividade hermenêutica jurisdicional: os que propugnam o juiz como aplicador da lei; os que propugnam o juiz como intérprete do Direito; e aqueles para os quais o juiz é um efetivo e amplo criador de Direito.

Na tese do juiz como aplicador da lei, temos já a imposição de limites (mais ou menos rígidos) ao próprio significado do que seja o Direito. Limites que estariam postos com a normatividade estrita. Tal linha de pensamento não retira do juiz a atividade interpretativa, mas a restringe consideravelmente no alcance através da vinculação ora à própria lei, ora a um onipotente sentido legal, ora à intencionalidade do legislador.

Na tese do juiz como um intérprete *do Direito*, temos antes de mais nada a idéia de sistema complexo. O Direito é compreendido na amplitude de suas lacunas e antinomias, abarcando um conjunto de valores e princípios como ápices do sistema jurídico. A tarefa do juiz

seria, então, uma interpretação ampla, que preenchesse os espaços vagos e solucionasse os conflitos contingentes a partir de um conjunto de elementos consagrados no sistema. A tese do juiz criador parte da mesma noção do que seja o Direito que a idéia do juiz intérprete. Vai, porém, mais longe: o juiz não meramente assumiria valores intrínsecos ao sistema jurídico, mas buscaria a construção de intervenções jurisdicionais inovadoras, que atendessem à especificidades concretas das situações e aos indivíduos abrangidos pela prestação jurisdicional.

4.1 – Criatividade Hermenêutica

Foram já apresentadas ao longo das linhas anteriores razões suficientes para demonstrar a insuficiência do legalismo como linha de pensamento para o Judiciário enquanto Poder. Cabe neste ponto examinar se existe realmente efetiva distinção ou incompatibilidade entre a idéia do juiz intérprete e a idéia do juiz criador.

O ato de interpretação jurídica nos diz por si só algumas coisas: que o Direito enquanto previsão de situações é incompleto, é carente, limitado em abrangência e finito temporalmente. Suas incompletudes, pois, precisam ser supridas para que ele cotidianamente tenha efetividade e, mesmo, eficácia. O encarregado de tal tarefa, normalmente, é um órgão do Poder Judiciário - o magistrado. Para proceder ao suprimento das incompletudes, limitações, finitudes, o magistrado há de realizar a adequação das previsões abstratas legais às situações concretas do mundo da vida que sejam postas sob sua batuta.

Mesmo assim, tal adequação se mostrará, muitas vezes, deficiente e/ou insu-

ficiente. Por um singelo motivo: a realidade concreta do mundo da vida é dinâmica, movimenta-se, redimensiona-se constantemente; enquanto isso, as previsões legais, por mais que possam ser alteradas de modo revisional com frequência, são originalmente estáticas.

Assim sendo, o magistrado precisa galgar horizontes interpretativos novos². O juiz intérprete há de avançar em relação ao texto legal, num sentido que, por um lado, inove a norma legal abstrata em seu sentido (conectando-a com a valoratividade constitucional) e supere a moldura legal do Direito para adentrar na sua especificidade na realidade social.

Certamente, o juiz intérprete não precisará recorrer aos vastos campos de liberdade interpretativa (talvez já deva aqui se falar em liberdade criadora) do Direito em todos os casos que lhe são submetidos. Mas várias são as situações em que a sua atuação decisional ou de administração de realidades avança na perspectiva criadora (não ilimitada).

Isso vem ao encontro da idéia de que a previsão legal estará latente até que o juiz lhe dê vida e sentido em um caso concreto; e, ao assim proceder, estará ele criando *normas em concreto*. Vê-se, então, que as zonas de separação entre interpretação e criação são em verdade bastante nebulosas no Direito.

Como diz CAPELLETTI (1993),

“(...)com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se ineren-

te a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana(...) Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaços para para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.”

5

DEVER E PODER

Descritos os diversos setores de influência sobre a prestação jurisdicional dos magistrados; feitas as devidas distinções entre o significado de conceitos como legalismo e legalidade; atenuando as (incertas) diferenças entre interpretação e criação; deve-se, enfim, ressaltar as tarefas dos magistrados frente às necessidades de cidadania e democracia.

Tendo-se em conta o fato de que vivemos em um país periférico, com problemas crônicos de desenvolvimento e distribuição sociais, por onde deve o magistrado começar a pensar seu posicionamento frente ao compromisso com a cidadania?

Os níveis de subalimentação, analfabetismo e semi-analfabetismo existentes em nosso país (além da questão da saúde, do desemprego, do subemprego rural etc) são fatores críticos e emperantes - quando não impeditivos - da

2 Mesmo em Kelsen pode-se dizer que o juiz é por essência um criador de Direito. Segundo ele, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.(...) Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, pela interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 1987, p. 369).

efetivação da cidadania. Quanto melhores forem as condições de vida da população em geral, quanto melhor for o nível de distribuição dos bens sociais, mais estarão habilitados os habitantes de um país a exercerem sua cidadania. Quanto maior for a habilitação material (objetiva) para o exercício da cidadania, mais complexas tornam-se as possibilidades de manipulação política, e maiores são as potencialidades de construção de práticas político-sociais de democracia.

Conseqüentemente, a preocupação primeira de qualquer indivíduo que represente um órgão dos Poderes institucionais - caso do magistrado - há de se dar em torno das carências sociais. O fator básico de referência administrativa e decisional, portanto, deve ser a minimização e até supressão de tais carências. Valho-me aqui de NALINI (2000, P. 156 – 157), segundo o qual

“Para afirmar-se como Poder do Estado, o Judiciário precisa dos bons rebeldes. Aqueles que se não recusem a um plus. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para a justiça. O enfren-

tamento de questões essenciais e inadiáveis, como a redução da exclusão. (...) É inestimável a potencialidade dos juristas que, se conscientizados, resolverem investir numa tarefa redentora dos excluídos. O início é a transformação da escola. Em lugar de conformista, o irresignado. Em lugar do submisso, o rebelde.”

O caminho percorrido dirige-se, num fluxo interpretativo dinâmico, a uma fundamentação jurídica em função dos elementos normativos constitucionais conducentes à dignidade humana. A dignidade é, por excelência, o princípio jurídico constitucional imperativo para os aqui preconizados fins de uma jurisdição democratizante³. Princípio positivado que eleva as potencialidades da legalidade como um fator positivo do perfil da prestação jurisdicional.

O magistrado ocupa um espaço ímpar no contexto político e intelectual, e sua atividade enquanto profissional confere-lhe poderes sociais fortes. Cabe que pense fundo suas responsabilidades sociais, comprometendo-se organicamente com o perfil do seu atuar profissional.

referências bibliográficas

- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CARVALHO, Amilton Bueno de (diretor). *Revista de Direito Alternativo - nº 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- COELHO, Edihermes Marques. *Justiça (a racionalidade social e o Direito)*. In: *Alter Ágora - Revista do Curso de Direito da UFSC*, nº 2. Florianópolis, 1994.
- _____. *Uma Idéia de Sistema Constitucional*. Dissertação de mestrado. Florianópolis, CPGD/UFSC, 1995.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *A Democracia como Valor Universal*. Rio de Janeiro: Salamandra, 1984.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça - a Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: EDIPUCRS - 1989.
- HERKENHOFF, João Batista. *Como Aplicar o Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2.000.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL ESTATAL EXTRA CONTRATUAL

A OBJETIVIDADE DA “FAUTE DE SERVICE”.



UNIUS

José Carlos Fernandes Junior*

sumário

01. Introdução
02. Evolução do conceito de responsabilidade
03. Conceito e fundamentos da responsabilidade estatal
04. Dano e nexos causal
05. A responsabilidade objetiva no Direito brasileiro
06. “*La faute de service*” e a responsabilidade objetiva
07. Conclusões
08. Referências Bibliográficas

resumo

Desde a Carta Magna de 1946, desprezando-se qualquer indagação relacionada à culpa do funcionário causador do dano, o Estado responde pelo dano suportado pelo administrado, sempre que houver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido. Não se indagando na “*faute de service*” quanto à culpa subjetiva do agente administrativo, ficando a discussão adstrita simplesmente à falta objetiva do serviço, conclui-se que se trata de responsabilidade objetiva do Estado, posto que não se está a exigir nada mais, além do dano e nexos causal, do que a demonstração da atividade administrativa. No caso em específico, a atividade administrativa ilícita, cujo dever de indenizar norteia-se no princípio de legalidade.

1 INTRODUÇÃO

Embora tido como um direito novo, com pouco mais de 100 anos de existência, o Direito Administrativo cada vez mais conquista seu espaço no mundo jurídico, mostrando-se de suma importância, por não regular apenas atividades da vida social, mas também da vida individual. (CRETELLA JÚNIOR, 1972, pp. 48-49)

Atualmente, muito se debate quanto à natureza da responsabilidade extracontra-

tual estatal sustentada na teoria da “*faute de service*”, se subjetiva ou objetiva.

Creemos que, apesar da evidente desuniformidade terminológica que ainda assombra o direito administrativo, com a evolução dos preceitos jurídicos que atualmente justificam a responsabilidade extracontratual do Estado, desde a Carta Magna de 1946, não há como se afastar a objetividade da mesma.

A “culpa administrativa”, como se percebe claramente no estudo da evolução do conceito de responsabilidade es-

* José Carlos Fernandes Junior, Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e professor da disciplina de Teoria Geral do Direito Universidade de Uberaba-MG, e do Curso *Exinus* de Uberaba-MG – preparatório para ingresso nas carreiras da Magistratura e Ministério Público..

tatal, não se confunde com a “culpa civilista”, alicerçada na imprudência, negligência ou imperícia que, necessariamente, reclama a demonstração de conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva.

Diversamente, exige a “*faute de service*” apenas a constatação de qualquer desenvolvimento de atividade (omissiva ou comissiva) por parte da administração pública, sem se preocupar com a identificação de eventual conduta humana voluntária, não havendo como se falar, portanto, em culpa nos moldes do direito civil.

Será sobre a seqüência da lógica dessas asserções que trataremos na presente.

Tomaremos como premissas as citações de renomados juristas, atentando-se, ainda, à evolução histórica das correntes doutrinárias pertinentes a questão abordada; apresentando-se, ao final, as nossas conclusões.

2

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE PÚBLICA

2.1 – Fase da irresponsabilidade.

Com berço nos Estados tiranos e absolutistas, vigorou o princípio da irresponsabilidade, alicerçado na idéia de que o Estado e seus funcionários seriam sujeitos diferentes, sendo, portanto, inadmissível o reconhecimento da responsabilidade extracontratual pecuniária do Estado, vista até mesmo como um empecilho ao desenvolvimento da atividade estatal.

Ao lesado restava apenas a possibili-

dade de acionar o funcionário, causador direto do dano, comprovando sua culpa, não sendo rara a frustração do ressarcimento dos prejuízos sofridos, em virtude da insolvência deste.

As expressões “*The King can do no wrong*”¹, e “*L’État c’est moi*”² exteriorizam as premissas nas quais se alicerçava a teoria da irresponsabilidade estatal, também denominada “feudal”, “regalista” ou “regaliana”.

2.2 – Fase Civilística.

Confrontando-se diretamente, dentre outros, com os princípios da “legalidade” e “igualdade de todos perante a lei”, a teoria da irresponsabilidade estatal acabou sendo abandonada, tomando seu lugar uma concepção civilista.

Inicialmente, destacou-se pelo estabelecimento de distinção entre os atos de gestão e atos de Império, praticados pelo Estado. No primeiro, agindo como gestor de interesses coletivos, o Estado responsabilizava-se por seus atos; já no segundo, como poder soberano, apresentava-se como irresponsável.

Posteriormente, abandonada tal distinção, a responsabilidade estatal passa a alicerçar-se na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por atos de terceiros, colhida no direito privado.

Ocorrendo atos de imprudência, negligência ou imperícia por parte de seus funcionários, no exercício de sua função pública, passa o Estado a ser responsável pelos prejuízos suportados injustamente pelo administrado, em razão daqueles atos culposos.

1 O Rei não erra.

2 O Estado sou eu

Destaca-se que, segundo a doutrina civilística, ou da “culpa civil comum”, cumpre ao lesado apontar e provar a culpa do agente do Estado, que lhe causou o dano, e mais, a culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*” do Estado em relação a tal agente. Podendo aqui também visualizar-se que, em não raras vezes, ao acionar o Estado, o lesado deparava-se com hipóteses nas quais exigia-se dele a produção de provas “negativas”, também denominadas “diabólicas”, frustrando-se o ressarcimento dos danos sofridos.

Leciona SILVA (1985, p. 81) que:

“ante essa teoria, não é fácil para a vítima obter judicialmente a indenização, já que a prova da culpa de uma pessoa jurídica apresenta de regra dificuldades, máxime em se tratando do Estado. Pela teoria clássica da culpa, na matéria, não basta que o agente da pessoa jurídica – ou o preposto, na terminologia privativa – tenha agido com culpa:

é mister, ainda, que a pessoa jurídica o tenha contratado embora não possua habilitação técnica adequada (culpa in eligendo), ou que não tenha fiscalizado o desempenho funcional do agente (culpa in vigilando). Sem um desses pressupostos não surge a culpa da pessoa preponente, podendo tão-só advir a do próprio preposto, ou agente.”

Uma das mais citadas referências para apontamento do início da fase da “responsabilidade estatal” é o aresto “Blanco”, do Tribunal de Conflitos Francês, proferido em 1º de fevereiro de 1873.

2.3- Fase Publicista

Em seguida, deparamo-nos com a fase publicista, na qual procura-se o as-

tamento da teoria pura da culpa, buscando uma nova noção, criada dentro do Direito Administrativo. Deixa-se de lado o referencial civilístico, passando o direito administrativo a manipular institutos próprios, alguns deles desconhecidos do direito civil. Assevera CRETILLA JÚNIOR (1972, p. 49) que:

“Referenciabilidade civilística é também outro fator para profunda e contínua ponderação por quantos se propõem a estudar o direito administrativo. Já acentuamos, há pouco, que é preciso deixar de lado o referencial civilístico e operar tão só com institutos típicos do direito administrativo desconhecidos do direito civil (potestade pública, discricionariedade, auto-tutela utilidade pública, serviço público) como é preciso trabalhar com figuras jurídicas que, no primeiro estágio, são comuns aos dois campos (ato, contrato, responsabilidade), mas que no segundo estágio, que é o diferenciado, são figuras ou matrizes específicas (ato administrativo, contrato administrativo, responsabilidade pública), submetidas a regime jurídico típico, inconfundível com o paralelo do direito comum”.

Atento a esta nova abordagem jurídica, surgem outros fundamentos para a responsabilidade patrimonial estatal, procurando alicerces em conceitos criados dentro do próprio direito administrativo.

2.3.1 – Teoria do órgão (culpa individual)

Não tardou a sensível evolução no campo da responsabilidade estatal, exteriorizada pela teoria do órgão, cuja idéia central é de que não se bipartem o Estado e o agente, sendo considerados uma unidade.

Baseia-se na premissa de que o instituto da representação das pessoas jurídicas, diferente daquele atinente às pessoas naturais incapazes (que traz a idéia de proteção e suprimentos legais), consiste em um instrumento que lhes confere vozes que por ela possam falar, agir e praticar os atos da vida civil, configurando mais propriamente uma “apresentação” vez que a vontade da pessoa jurídica é autônoma.

Como nos ensina VENOSA (1996, p. 179):

“Não se há de fazer, contudo, analogia entre a representação dos incapazes com a chamada representação da pessoa jurídica. Isso porque a representação dos incapazes (alienados mentais, surdos-mudos, menores, etc.) ocorre quando há incapacidade, exigindo, assim, proteção e suprimentos legais. Na chamada representação das pessoas jurídicas o que se intenta é provê-las de vozes que por elas possam falar, agir e praticar os atos da vida civil. Há, pois, na pessoa jurídica, mais propriamente uma apresentação, algo de originário na atividade dos chamados representantes, do que propriamente uma “representação”. A pessoa jurídica se apresenta (ou se apresenta) perante os atos

Sendo um só ente, a atividade do funcionário exterioriza-se como atividade do próprio Estado (pessoa jurídica), exigindo-se que lhe sejam atribuídas responsabilidades decorrentes desta atividade.

2.3.2 - Teoria da Culpa Administrativa ou do Acidente Administrativo (“faute de service”, “culpa do serviço, culpa anônima ou impessoal).

Já atento a alguns princípios publicísticos, deixa-se de lado a noção civilista da culpa, justificando-se a responsabilidade estatal na “culpa do serviço” ou “falta do serviço” (*faute de service*).

A idéia central é de que, a simples ausência do serviço devido ou seu mau funcionamento, inclusive decorrente do atraso, é suficiente para configurar a responsabilidade estatal pelos danos sofridos pelo administrado, em razão da ausência ou mau funcionamento daquele serviço.

É a “culpa” do próprio Estado, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, exigindo-se, entretanto, a comprovação da falta do serviço para obtenção da indenização.

Consiste a “*faute de service*” em uma deficiência no funcionamento normal do serviço, eventual gerador de danos ao administrado³.

Não indagando quanto à culpa do agente administrativo e, muito menos, quando à individualização da causa do evento na pessoa do mesmo, aponta a ocorrência da responsabilidade do Estado quando evidenciado que a falha do serviço público foi a causadora do prejuízo suportado pelo administrado⁴.

3 “La faute de service este une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l’administration, mais non imputable à eux personnellement.

1° C’est une défaillance dans le fonctionnement normal du service. De tout service, on est fondé à attendre un certain niveau moyen, variable d’ailleurs selon la mission et selon les circonstances; la faute apparaît audessous de ce niveau.”(RIVERO, J., WALINE, J.)

4 “A nova teoria, analisando o conceito de serviço público – núcleo do próprio Direito Administrativo, consoante a formulação de certos jus-administrativistas franceses – proclama que a responsabilidade estatal advém quando o serviço público funciona mal, ou seja, nas hipóteses em que se verifica a culpa do serviço (*faute du service*), sem que, de sua parte, o lesado haja concorrido com alguma parcela de culpa para a causação do evento. Sob esse critério, o particular não precisa provar que o agente público obrou com culpa, nem mesmo individualizar a causa do evento na pessoa de um agente determinado, sendo suficiente provar que o serviço, por funcionar mal, causou-lhe dano. Na linguagem técnica, impende aí a prova do nexo causal entre o funcionamento imperfeito do serviço e o dano ocorrido, com o que estará positivada a obrigação estatal de ressarcir.”(SILVA, 1985, pp. 82/83)

2.3.3 – Teoria do Risco.

Alerta aos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, surge a teoria do risco, baseada na premissa de que, sendo exercida a atividade estatal administrativa em prol da sociedade, propiciando benefícios a todos, necessário é que todos respondam pelos seus ônus, não se justificando que apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade do Estado.

Desprezando qualquer indagação relacionada à culpa do funcionário causador do dano, o Estado responde pelo dano suportado pelo administrado, sempre que houver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido.

A reprovabilidade do dano sofrido é analisada do ponto de vista do lesado e não da atividade desenvolvida pela Administração; ou melhor, a obrigação de indenizar decorre da injustiça do dano sofrido pelo administrado e não da ilicitude ou licitude da atividade administrativa que o gerou.

Assim, baseado no princípio da igualdade, impõe o dever de indenização diante de atividades administrativas lícitas do Estado, toda vez que esta gere ao administrado um dano anormal e especial.

3

CONCEITO E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Sendo inadmissível a figura do Estado irresponsável, conclui-se que a responsabilidade estatal é inerente ao “Estado de Direito”, submissa aos princípios da “legalidade” e “igualdade”; o primeiro norteando as atividades ilícitas e o segundo as lícitas. (OLIVEIRA, 1995; p. 28)

GASPARINI (1989, p. 397) conceitua a responsabilidade civil do Estado como:

“a obrigação que se lhe atribui, não decorrente do contrato, nem da lei, para recompor os danos causados a terceiros em razão do comportamento comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, que seja imputável. Se a reparação decorre de ato ilícito, chama-se ressarcimento; se deriva de ato lícito, denomina-se indenização”

Dentre as teorias justificadoras da responsabilidade estatal, merecem destaque as seguintes, conforme GISENA (1973, pp. 73 a 88):

Teoria da representação – partindo do princípio de que o representado responde pelos atos de seu representante, justifica a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, sob o argumento de que estes seriam seus representantes;

Teoria do órgão – o Estado e seus agentes são uno e, sendo um só ente, a atividade do agente exterioriza-se como atividade do próprio Estado, exigindo-se assim que lhe sejam atribuídas responsabilidades decorrentes desta atividade;

Teoria do risco – o Estado é responsável pelo risco criado por sua atividade administrativa, uma vez que a mesma é desenvolvida em favor de todos, devendo assim seu ônus ser suportado pela coletividade (baseia-se no princípio da igualdade de todos perante as cargas públicas);

Teoria do sacrifício especial – inerente ao princípio da equidade, apresenta-se na hipótese do administrado ser submetido a uma diminuição patrimonial, desigual e desproporcional, à carga da Administração;

Teoria da solidariedade humana – prega a ajuda recíproca a todos os indivíduos que constituem a coletividade;

Teoria do bem comum - a Administração deve promover o bem estar geral da coletividade, assim, não pode se dar por satisfeita se um membro desta coletividade encontra-se sofrendo um dano produzido por atividades dela própria; resultando-lhe, portanto, o dever de indenizá-lo;

Teoria da proporcionalidade das cargas – os cidadãos devem sofrer uma carga igualitária, impostas em interesse da coletividade. É criticada pelo fato de limitar a indenização apenas em relação a atos cometidos pela administração quando excede no exercício de seus poderes legais ou quando a prestação do serviço público é deficiente;

Teoria da equidade – o dever de indenização surgirá sempre que o Estado tenha obtido alguma vantagem em detrimento excepcional do administrado. Assim, os prejuízos causados por uma obra pública devem ser indenizados pelo Poder Público que a executou, não porque existe culpa de sua parte, mas sim porque os benefícios comuns que produziu não devem ser suportados exclusivamente pelo patrimônio do administrado.

4

DANO E NEXO CAUSAL.

Obviamente que, somente se fala em indenização se houver um dano a ser reparado; e mais, permite-se exigir de alguém determinada indenização, se houver um nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido.

Em matéria de responsabilidade estatal extracontratual não se requiere a

existência ou não de culpa; sendo, no entanto, imprescindível a demonstração do vínculo (nexo causal) entre a atividade administrativa e o resultado; exigindo-se do julgador alta dose de bom senso, a ser realizada com base na lógica do razoável.

Como aponta CAVALIERI FILHO (1998, p. 55) :

Não obstante as teorias existentes sobre o nexo causal e tudo quanto já se escreveu sobre o tema, forçoso é reconhecer que o problema da causalidade não encontra solução numa fórmula simples e unitária, válida para todos os casos. Na minha experiência de magistrado tenho constatado que este é um ponto onde se registra o maior número de divergências entre os julgadores de todos os graus. E assim é porque esta ou aquela teoria fornece apenas um rumo a seguir, posto que a solução do caso concreto sempre exige do julgador alta dose de bom senso prático e da justa relação das coisas; em suma, é imprescindível um juízo de adequação, a ser realizado com base na lógica do razoável

Como muito bem leciona LOPES PELLICER (1989, p. 616), para que o dano seja imputável à Administração:

“se requiera, además, la concurrencia de otro elemento objetivo: que exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa (o, en su caso, cuando ésta sea obligada, su omisión) y el perjuicio o lesión. Es necesario que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”

Vê-se logo que, neste particular, a dificuldade reside exatamente na identificação correta do liame causal.

Quando nos deparamos com um caso simples que resultou no dano, fácil se tona explicar o nexos causal; entretanto, a solução do problema se torna dificultosa quando nos deparamos com um fato complexo, apontando uma série de acontecimentos, com inúmeras circunstâncias concorrendo para a eclosão do sinistro, impingindo um metuculoso estudo para identificar qual realmente seria a circunstância geradora do dano suportado.

No âmbito do direito penal, diante do disposto no art. 13, *caput*, 2ª parte, do Código Penal, sabe-se que se adotou a teoria da *conditio sine qua non* (ou equivalência dos antecedentes causais), solucionando-se o problema por meio da exclusão mental da séria causal de determinada ação ou omissão; deixando o resultado de ocorrer com sua exclusão, conclui-se que a mesma é causa.

Por sua vez, tal teoria não admite as concausas, ou melhor, outra causa que, aderindo àquela, concorre para a eclosão do resultado; considerando causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Leciona JESUS (1991, pp. 217 a 227) que:

o “Código Penal de 1940, em face das críticas formuladas ao anterior, aboliu as concausas: é considerada causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Não importa que outra força causal tenha concorrido para a realização do evento. Diante disso, no crime de homicídio, o nexos causal entre o comportamento do agente e o resultado subsiste mesmo quando para a sua produção tenha concorrido, p. ex., particular condição fisiológica do ofendido ou ausência de tratamento adequado

Já no campo da responsabilidade patrimonial extracontratual, para a solução de tal problema apresenta-se a teoria da causalidade adequada, elaborada por von Kries, segundo a qual não serão todas as condições causa do resultado, mas sim a que for mais apropriada a produzi-lo; exigindo um julgamento atento aos limites da razoabilidade, a ser delineado pelo bom senso.

Nem todas as causas têm relevância na imputação do dano, mas apenas a que foi mais determinante, direta.

Já quanto às concausas, necessário se torna distingui-las entre as preexistentes, supervenientes e concomitantes.

Concausas preexistentes são as ocorridas antes de desencadeado o nexos causal. Não eliminam o nexos causal. Supervenientes consistem naquelas que se apresentam quando já desencadeado o nexos causal. Nada beneficia o agente, apesar de concorrer para o agravamento do resultado; somente sendo capaz de eximir a responsabilidade quando se apresenta como o único fato gerador do resultado, afastando os demais fatores. Concomitantes referem-se às que se concretizam juntamente com o nexos causal, merecendo, a mesma solução das supervenientes.

No que se refere à omissão, apesar de óbvio que não seja capaz de desencadear o nexos causal, afinal de contas do nada, nada surge, não se nega que pode vir ela a ser causa exatamente por não ter agido o agente de forma a evitar o resultado. Logicamente que, para tanto, naquela ocasião, deveria estar o agente obrigado a agir, pois, caso contrário, nenhuma consequência jurídica advirá da mesma.

Outro elemento importante, refere-se ao dano suportado pelo administrado em razão da atividade administrativa.

Inequivocamente não é qualquer dano capaz de gerar a responsabilidade patrimonial.

Merecem destaques as ponderações de OLIVEIRA (1995, p. 52) de que o dano:

“suportado pelo administrado deve apresentar as seguintes características: deve ser material, consistindo em um atentado contra a pessoa ou a sua propriedade ou contra seus interesses materiais; o prejuízo patrimonial deve ser certo e atual; e a desigualdade de situações entre os administrados equivale dizer que o dano deve ser especial.”

Quanto ao decorrente de atividades ilícitas, deve ser certo, identificável, abrangendo não apenas as perdas imediatas (diretas e atuais), mas também os créditos futuros, que se deixou de ganhar em razão da atividade administrativa.

Além disto, deve atingir um direito subjetivo do administrado, ou melhor, deve representar um ônus a um direito do ofendido, assegurado no ordenamento jurídico.

Já se tratando de dano provocado por atividades lícitas, necessário ainda que não seja generalizado, mas sim especial, permitindo sua individualização de forma à reconhecer sua incidência sobre determinadas pessoas e não sobre toda a sociedade, bem como, anormal, afastando a alteração de que nada mais seria do que o preço pago em virtude da vida em sociedade.

5

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO.

À partir da Carta Magna de 1946, adotou-se no direito brasileiro a teoria

objetiva, preceituando seu art. 194 que: *“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”* – parágrafo único – *“Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”*.

Tratando da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º, reza 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Vê-se que, no âmbito da responsabilidade extracontratual estatal em relação ao administrado, absolutamente despicienda é a análise da “culpa”, somente de interesse na ação de regresso, da administração em face de seu agente.

Em suma, havendo relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo administrado, responde por este o Estado.

Logicamente, não há que se falar em responsabilidade estatal ou deverá a mesma ser atenuada, sempre que o dano não for decorrente do serviço público ou não for este sua causa única.

Assevera DI PIETRO que:

“Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a

outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público. São apontadas como causa excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.”

É o que ocorre quando nos deparamos com as causas excludentes (ou impeditivas) donexo causal, como a força maior, culpa da vítima ou ato de terceiros.

5.1 – Excludentes da responsabilidade objetiva.

No âmbito da responsabilidade objetiva, não havendo discussão quanto à culpa, logicamente somente se esquivará o Estado do dever de indenizar os danos sofridos pelo administrado, caso comprove a ocorrência de alguma das causas excludentes (ou impeditiva) donexo causal entre o dano sofrido e sua atividade.

O ônus da prova demonstrativa quanto à ocorrência de alguma das excludentes cumpre inequivocamente ao Estado, dado ao preceito legal de que incumbe ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC).

5.1.1 – Culpa exclusiva da vítima.

Embora sofrido o dano por parte do administrado, é possível que não surja a obrigação do Estado em indenizá-lo exatamente em razão de sua atividade administrativa não haver passado de um mero

instrumento do evento, apresentando-se como causador do dano o próprio administrado (vítima).

Ao Estado não é imposto o dever de indenizar em razão de não ter sido o causador do dano, inexistindo nexocausal entre sua atividade e o dano suportado pelo administrado.

Aponta OLIVEIRA (1995, p. 49) que:

“a culpa do lesado, freqüentemente invocada para elidí-la, não é em si mesma causa excludente. Explica o prestigiado mestre (Celso Antônio Bandeira de Mello), esclarecendo que a vítima no caso é a própria causadora do dano e não o Estado. Assim, não haverá relação de causalidade entre o fato e o evento lesivo ensejando responsabilidade do Estado, por fatal de nexocausal

Embora possa haver ocorrido o desenvolvimento de qualquer atividade administrativa, a mesma não se apresenta como a causa adequada à produção do dano, mas sim a conduta (omissiva ou comissiva) da própria vítima.

É a conduta da própria vítima que se apresenta como a causa relevante na imputação do dano, de maneira determinante, direta.

Entretanto, concorrendo efetivamente a atividade administrativa para a ocorrência do dano (concausa), inequivocamente o Estado suportará os encargos do resultado lesivo produzido, nos limites de sua participação.

Neste ponto, não há que se falar em “compensação de culpas”, até porque, como já aduzido, em termos de responsabilidade objetiva, não se discute a “culpa” do Estado. Preocupar-se-á sim quanto à elucidação da exata proporção do

dano sofrido que se pode atribuir como causado pela atividade administrativa.

Assim como na análise da conduta da vítima, deve-se indagar ao que exatamente apresenta-se como causa adequada a atividade administrativa; restando ao Estado o dever de indenizar as proporções do dano que lhe sejam imputáveis.

Caso contrário, sendo a vítima a única causadora do dano, exime-se o Estado de qualquer responsabilidade.

5.1.2 – Caso fortuito e força maior

Outra causa excludente da responsabilidade é a força maior.

No campo civilista, várias teorias surgiram, com o propósito de apresentar a distinção entre caso fortuito e força maior. Conforme apresenta MONTEIROS (1997, pp. 338 a 340).

Teoria da extraordinariedade: aponta duas categorias de fenômenos. O caso fortuito seria o fenômeno previsível, mas não em relação ao momento, ao lugar e ao modo de sua verificação; ao passo que a força maior refere-se aos extraordinários, imprevisíveis, inusitados. Como exemplo do primeiro aponta a geada no inverno, e do segundo o terremoto. Vê-se, portanto, que o caso fortuito, segundo tal teoria, teria uma imprevisibilidade relativa, ao passo que a força maior destaca-se pelo caráter absoluto de sua imprevisibilidade.

Teoria da previsibilidade e da irresistibilidade: força maior refere-se ao fenômeno que, embora previsível, é inevitável; já o caso fortuito apresenta-se como o acontecimento imprevisível. No âmbito da previsibilidade, denota-se que a teoria em tela colide com a da extraordinariedade.

Teoria das forças naturais e do fato de terceiro: a força maior decorre de eventos físicos ou naturais, ininteligentes; ao passo que o caso fortuito resulta de fato alheio, criado de obstáculo insuperável pelo devedor. Como um dos exemplos do primeiro aponta-se o raio e a inundação, e do segundo a greve, o motim e a guerra.

Teoria da diferenciação quantitativa: o caso fortuito somente pode ser previsível e afastado através de diligências excepcionais; ao passo que a força maior não pode ser detectada por qualquer diligência, não havendo como sobrepujá-la.

Teoria do conhecimento: a força maior refere-se à forças naturais conhecidas; ao passo que o caso fortuito apresenta-se como os fenômenos incontrolláveis pela nossa experiência.

Embora no Direito Civil não se visualize destacada importância na distinção entre um e outro, chegando alguns a sustentar a equivalência de ambos, no direito administrativo não ocorre da mesma forma.

No campo do direito público, com certa unanimidade, define-se a *vis major* como um fenômeno estranho à vontade das partes, de caráter imprevisível e inevitável. Apresenta-se como um acontecimento externo. Consoante ensina (1991, p. 360):

“Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração”.

Definindo-os, Eduardo Garcia de Enterría ensina que, caso fortuito se trata

de um evento diretamente conectado ao objeto danoso, à sua constituição, à sua natureza íntima, ao funcionamento mesmo da empresa ou serviço que integra esse objeto. A indeterminação, característica do caso fortuito, supõe que a causa do acidente produtor do dano é desconhecida; ao passo que força maior identifica-se com uma causa estranha, ordinariamente imprevisível na sua produção e, em todos os casos, absolutamente irresistível. Conforme ENTERRIA s/d, pp. 391-392):

“a los efectos de la doctrina del riesgo el caso fortuito se define, justamente, por contraposición de la vis maior y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquélla. La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida. Como decía HAURIOU expressivamente, se trata de una “falta de servicio que se ignora”. El elemento esencial y el que da razón, incluso, del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado a objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa a servicio que integra esse objeto. Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya hemos notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible,

aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista.”

Neste raciocínio, caso fortuito apresenta-se como um evento provocado por uma falha do próprio serviço público, não sendo, como muito bem leciona BANDEIRA DE MELLO, (s/d, p. 597): “*ultimamente invocável pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido*”.

Obviamente, pretendendo a total exclusão de sua responsabilidade, necessário é que o Estado demonstre que sua atividade administrativa em nada contribui para a eclosão do dano; ou seja, que não tenha sido a causa adequada de sua concretização, ainda que de forma parcial.

Do contrário, responde o Estado quanto ao montante do dano que venha a se apresentar como causador.

Em síntese, assim como a culpa da vítima, a força maior afasta a responsabilidade estatal exatamente por não haver liame causal entre sua atividade administrativa e o dano suportado pelo administrado.

Entretanto, não sendo a força maior a causa verdadeira e única do dano suportado, havendo concorrência da atividade administrativa (concausa), responderá o Estado nos exatos limites de sua concorrência.

Destaca JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA que:

“se o Estado pretende eximir-se de responsabilidade, alegando a ocorrência de força maior, como causa exoneratória, deverá provar que o referido fenômeno da natureza foi a causa verdadeira e úni-

ca do prejuízo, não sendo possível evitar o resultado danoso”

5.1.3 – Fato de terceiro

Também na hipótese da ocorrência de fato de terceiro afasta-se a responsabilidade estatal, aplicando-se para solução do caso os mesmos preceitos invocados na força maior.

Deve o Estado comprovar que foi este, e não o desenvolvimento de sua atividade administrativa, a causa adequada à produção do dano suportado pelo administrado.

O fato de terceiro deve apresentar-se como a causa determinante, direta, única, da eclosão do dano.

Concorrendo a atividade administrativa para a produção do dano, ou melhor, havendo liame causal entre esta e o dano, surge ao Estado o dever de repará-lo.

Vê-se logo que, mais uma vez, surge a problemática decorrente da apuração quanto à efetiva causa geradora do dano, cuja investigação não pode afastar-se da razoabilidade.

Entretanto, aqui se apresenta uma outra séria indagação, referente a quem seria “terceiro” na relação jurídica que se apresenta.

No campo do Direito Civil, terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável pelo dano.

Já no âmbito do direito administrativo, especialmente quando se trata de avaliação da responsabilidade patrimonial estatal, obviamente que terceiro terá o significado de alguém estranho à Administração Pública e à vítima; e mais, com quem o Estado não tenha vínculo jurídico preexistente.

Sendo este terceiro o autor da conduta (omissiva ou comissiva) que se

apresenta como causa adequada, única, direta, do dano, naturalmente exime-se o Estado de qualquer responsabilidade, haja vista a ausência de nexo causal entre o dano e sua atividade administrativa.

Porém, concorrendo efetivamente a atividade administrativa para a eclosão do sinistro (concausa), responde o Estado nos limites da constatação do nexo de causalidade.

Por outro lado, havendo um vínculo jurídico preexistente entre o Estado e o autor direto do dano, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna, inequívoca é a responsabilidade do Estado em relação ao dano produzido, mas não de natureza solidária, e sim subsidiária.

Conclui-se, assim, tendo-se em vista que a solidariedade somente nasce por força da lei ou do contrato; ao mesmo tempo em que, preceitua claramente o art. 25 da Lei n.º 8.987/95 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), a responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

Aliado a tal dispositivo legal, aponta-se, ainda, a idéia implícita no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, de que quem tem o bônus deve suportar o ônus.

Leciona CAVALIERI FILHO (1998, pp. 173 a 175) que:

“Essas entidades de direito privado, prestadoras de serviços públicos respondem em nome próprio, com o seu patrimônio, e não o Estado por elas e nem com elas. E assim é pelas seguintes razões: 1) o objetivo da norma constitucional, como visto, foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica a do Es-

tado, atendendo reclamo da doutrina ainda sob o regime constitucional anterior. Quem tem o bônus deve suportar o ônus; 2) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direito e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações; 3) nem mesmo de responsabilidade solidária é possível falar neste caso, porque a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Antes pelo contrário, o art. 25, da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros; 4) no máximo, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado à luz do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações que, expressamente, diz que a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista responde subsidiariamente pelas suas obrigações.

Assim, não sendo a empresa privada capaz de suportar os encargos decorrentes do dano resultante, responde subsidiariamente o Estado pelo mesmo, não se admitindo que o administrado arque sozinho com a lesão aflitiva a seu patrimônio.

6

“LA FAUTE DE SERVICE” E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dentre os pressupostos da responsabilidade extracontratual subjetiva, o primeiro deles e, sem dúvida alguma, de grande importância, é a conduta, definida como o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas⁵.

Arelado à conduta, tem-se como necessário o atributo da imputabilidade, ou melhor, exige-se que o autor da mesma seja portador de atributos pessoais que lhe garantam capacidade para suportar as consequências daquela ação ou omissão, desenvolvida contrária ao dever.

Como muito bem define Caio Mário da Silva Pereira, “a imputabilidade do agente significa a capacidade de entender e de querer, no momento em que for cometido o ato danoso”- (SILVA PEREIRA, 1989, p. 39)

Assim, tem-se como imputável o indivíduo mentalmente sã (sanidade mental) e desenvolvido (maturidade), capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento⁶.

Por sua vez, não é qualquer conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva, desenvolvida por agente imputável, que gera o dever de indenizar.

5 “Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo”. (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 31)

6 “Dois são os elementos da imputabilidade: maturidade e sanidade mental. Importa o primeiro desenvolvimento mental; e o segundo, higidez. Conseqüentemente, imputável é o agente mentalmente sã e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 34)

É necessário, ainda, que, a conduta seja culposa (em sentido lato), atributo exteriorizado por meio da negligência, imperícia, imprudência ou dolo do agente, gerando ao mesmo um “dever jurídico”; definido por Paulo Nader como “*a exigência que o Direito objetivo faz a determinado sujeito para que assuma uma conduta em favor de alguém*”..(NADER, 1997, p. 317)

Já no direito administrativo, sabe-se que o Estado, como toda pessoa jurídica, necessariamente tem suas ações comissivas ou omissivas exteriorizadas através de condutas humanas, uma vez que a administração de seus interesses desenvolve-se sob o comando de pessoas naturais.

Obviamente, com a evolução que vem apresentando o direito público, à partir da teoria organicista, não mais se faz distinção entre as ações do Estado (organismo) e seus agentes (órgão), apresentando-se como um ente único.

Agregado a esta evolução em particular, destaca-se um dos princípios que norteiam atualmente a administração pública, qual seja, o da legalidade, que impinge ao administrador público, no exercício de sua atividade pública, a sujeição aos comandos da lei, não lhe sendo permitido, ainda, atentar contra o bem-comum.

Ao definir o princípio da legalidade, ensina LOPES MEIRELLES (1991, p. 78) que:

“o administrador público está, em todo a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o

caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao entendimento da lei.”

Ao passo que na atividade privada é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública aos agentes é permitido fazer apenas o que a lei autoriza.

Aliás, no caso de admitir-se o contrário, estaria se conferindo na administração pública a liberdade e a vontade pessoal, absolutamente inconcebíveis com as idéias firmadas à partir da teoria organicista, de que o organismo (Estado) e o órgão (funcionário) seriam um só ente.

Assim, em termos de responsabilidade no direito público, não há que se falar propriamente em conduta, que traz a idéia de comportamento humano voluntário, mas sim em qualquer desenvolvimento de atividade (omissiva ou comissiva) por parte da administração pública.

Atividade esta adstrita aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, cuja finalidade sempre deve estar voltada ao interesse público, não se perquirindo quanto à vontade do administrador, diante do seu caráter impessoal.

Por outro lado, como já aduzido, atento ao estado de direito, nenhuma dúvida resta quanto à responsabilidade do Estado, decorrente de suas ações e omissões que, por ventura, venham à causar prejuízos ao administrado; conferindo-lhe nosso ordenamento jurídico perfeita aptidão para responder pelos danos ocasionados por sua atividade administrativa.

Leciona ROCHA (1991, pp. 100-101) que:

“Tomando-se o ordenamento brasileiro, tem-se que as condições jurídicas de existência do indivíduo, o conjunto de direitos que compõem o seu cabedal de bens protegidos, está ressaltado de arremetidas, inclusive e principalmente estatais, que as modifiquem, independentemente de alteração legal válida. Desta forma, a geração de gravame patrimonial por comportamento imputável ao Estado enseja a responsabilidade, por se converter aquele em dano incompatível com o Direito, pelo que a ele se opõe o adjetivo antijurídico, na terminologia utilizada pelo insigne administrativo espanhol (GARCIA DE ENTERIA). Mais que antijurídico, asseveramos acima que o dano deveria constituir em injustiça para que deflagrasse a figura da responsabilidade. Em verdade, aquela afirmativa toma como base o sentido instrumental do Direito, que tem como objetivo a realização da justiça em sua dimensão e conteúdo material, conforme colocávamos nas primeiras linhas deste estudo.”

Outrossim, segundo a teoria “*faute de service*”, a simples ausência do serviço público devido ou seu mau funcionamento, inclusive decorrente do atraso, é suficiente para configurar a responsabilidade estatal pelos danos sofridos pelo administrado, em razão da ausência ou mau funcionamento daquele serviço.

A questão que se coloca, entretanto, é saber se quando da análise da reprovabilidade da atividade administrativa, limita-se o julgador a simples apreciação desta atividade (executada ou não) ou ingressa ele no campo da culpa.

Admitindo-se a segunda hipótese, está se afirmando que a responsabilidade estatal originária da teoria *faute de service* seria de caráter subjetiva, pois que implica necessariamente na análise da culpa.

Entretanto, não se deve esquecer que, no âmbito da responsabilidade subjetiva, tal perquirição envolve a análise da culpa, por possuir como um de seus requisitos essenciais o elemento “vontade”. A reprovabilidade de determinado ato esta imprescindivelmente ligada à voluntariedade do comportamento do agente autor da ação ou omissão, tendo-se em vista que a culpa é um elemento subjetivo referente ao *animus* do agente ao praticar o ato.

Já no direito público, ao contrário, a reprovação da atividade administrativa não implica na obrigatoriedade de se demonstrar porque aquele ato reprovado foi desenvolvido de determinada maneira.

Ou melhor, na omissão de determinado serviço, embora legalmente obrigado a fazê-lo, por exemplo, reprova-se a atividade negativa do Estado, impingindo-lhe a responsabilidade pelo dano eventualmente ocorrido, sem a necessidade de se descrever como se deu a negligência de seus funcionários; bastando apenas a comprovação do dever de agir e sua omissão quanto a ele, bem como, o nexos causal da omissão com o dano suportado⁷.

Nota-se, portanto, totalmente despicenda a demonstração de conduta culposa, ou seja, do comportamento humano voluntário, dirigido à concretização de um resultado antijurídico (*dolo/culpa* “*lato sensu*”) ou que tenha descumprido

7 STF, RE-109615/RJ, julgamento 28.05.96, 1ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello.

a um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar (culpa/culpa “*stricto sensu*”).

Não se indaga quanto a conduta violadora desenvolvida pelo indivíduo, agindo pelo Estado.

Assevera ROCHA (1991, p. 93) que:

“A culpa civil, identificada, determinada e individualizada, foi, contudo, substituída pela noção publicística da culpa. Para os efeitos da responsabilidade patrimonial do Estado, passou-se a Ter como culpa não mais aquela violação do direito praticada por alguém agindo pelo Estado, mas a culpa do próprio Estado, pessoa que atua através dos órgãos, os quais, à sua vez, compõem-se e dinamizam-se pelos agentes públicos. Não se individualiza, assim a culpa pública, a qual é, pela sua própria conformação estatal, indeterminada e, por vezes, até mesmo intedeterminável. A culpa seria, então, do serviço, ou, na expressão francesa na qual se tem ainda uma vez a vertente deste entendimento, a “faute de service”. Assim, se o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou inoportuna ou intempestivamente, e de tal situação sobreveio dano a alguém, o serviço público foi o causador da lesão, sendo-lhe, de conseguinte, imputada a responsabilidade. A culpa é, pois, do serviço, imputando-se ao Estado a responsabilidade dela decorrente, pois a ele se atribui a competência para a prestação eficiente, correta e legal do serviço público.” (Revista de Informação Legislativa, a. 28, n.º 111, jul/set, 1991, pág. 93)

A razão disto decorre exatamente do fato do desenvolvimento da atividade por parte da administração pública não permitir a acolhida da liberdade e vontade pessoal do agente administrativo, inconcebível diante do princípio da legalidade e de seu caráter impessoal.

A atividade administrativa deve pautar-se nos estritos mandamentos legais, esquivando-se da vontade pessoal deste ou daquele agente público; daí porque imprópria a análise da culpa subjetiva do mesmo, de interesse apenas na ação de regresso da administração pública em face deste.

Indaga-se apenas da “falta do serviço” ou, como muitos preferem, da “culpa do serviço”, que não se deve confundir com a culpa (negligência, imperícia, imprudência e dolo) pressuposto da responsabilidade subjetiva; afinal.

Debatendo sobre a culpa administrativa, assevera SILVA (1995, p. 83) que:

“substitui-se a culpa de uma pessoa determinada, o preposto, órgão ou agente da pessoa jurídica, pela culpa da instituição que mantém o serviço público; logo, por intermédio de uma imagem, alude-se tão-só à culpa do serviço. Nesse contexto, indubitável que a palavra culpa não está sendo empregada em seu sentido etimológico, porém num sentido figurado, imagístico. Propriamente, a culpa só pode ser de alguém, não de algo.”

Somente as pessoas físicas podem cometer erros⁸.

⁸ “La faute incombe aux agents du service. Les personnes physiques seules peuvent commettre des fautes; les actes fautifs de l’administration son, nécessairement, le fait de seus agents; la responsabilité pour faute de service est donc une responsabilité du fait de l’homme.” (RIVERO, J., WALINE J *Droit administratif*, Dalloz, 15^e édition, p. 238)

Assim, sendo dispensável a demonstração do comportamento humano voluntário, doloso ou culposo, não se perquirindo quanto a culpa subjetiva do agente administrativo, não há que se falar em culpa para comprovação da responsabilidade estatal.

7

CONCLUSÕES

a) submisso ao Estado de Direito, não se admite a irresponsabilidade do Estado em razão dos danos suportados pelo administrado, ocasionados por sua atividade administrativa;

b) a partir da teoria organicista, o Estado e o agente administrativo são vistos como um ente único; o primeiro órgão, o segundo organismo;

c) desde a Carta Magna de 1946, desprezando-se qualquer indagação relacionada à culpa do funcionário causador do dano, o Estado responde pelo

dano suportado pelo administrado, sempre que houver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido.

d) a atividade administrativa, regulada, dentre outros, pelos princípios da legalidade e moralidade administrativa, deve pautar-se pela impessoalidade, desprezando a vontade pessoal do administrador, com atuação voltada para o interesse social;

e) não se indagando na “faute de service” quanto à culpa subjetiva do agente administrativo, ficando a discussão adstrita simplesmente à falta objetiva do serviço, conclui-se que se trata de responsabilidade objetiva do Estado, posto que não se está a exigir nada mais, além do dano e nexos causal, do que a demonstração da atividade administrativa. No caso em específico, a atividade administrativa ilícita, cujo dever de indenizar norteia-se no princípio de legalidade.

referências bibliográficas

- AGUIAR DIAS, J. *Da Responsabilidade Civil*, Vols. I/II. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Malheiros Editores, s/d
- _____. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*, Doutrina, s/d
- _____. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, v. II, Forense, 1989.
- BIELSA, R. *Derecho Administrativo*, Tomo V, 5. ed. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957.
- CANOTILHO, J. J. G., *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Livraria Almedina, Coimbra.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de Responsabilidade Civil*. Malheiros Editores, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Direito Administrativo Comparado*. Editora da UNESP, 1972.
- DERGINT, A. A. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: RT, 1994.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DROMI, R., *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- EISENMANN, C., *Cours de Droit Administratif*, Tomo II, LAEL – Livraria dos Advogados Editora.
- ENTERRIA, E. G. – FERNANDEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GIGENA, J. I. A. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma Y Hnos, 1973.
- GONÇALVES, C. R., *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- HENTZ, L. A. S., *Indenização por erro judiciário*, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1995.
- JESUS, D. E. *Direito Penal*, 1º Vol. – Parte Geral, Ed. Saraiva, 1991.
- LAUBADÈRE, A., VENZIA, J., et GAUDEMET, Y., *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 13. édition, L.G.D.J.
- LÓPEZ PELLICER, J. A. *Lecciones de Derecho Administrativo (II)*, DM, 1989.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1991.
- MENDES ALCÂNTARA, M. E., *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1988.
- NADER, P. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- OLIVEIRA, J. C. *Responsabilidade Patrimonial do Estado: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos*. Bauru: Edipro, 1995.

- PAILLET, M., *La responsabilité administrative*, Dalloz, 1996.
- RIVERO, J., WALINE, J., *Droit Administratif*, Dalloz, 15. édition.
- ROCHA, C. L. A., Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado, R. Inf. Legisl. Brasília a. 28, n. 111, jul./set. 1991.
- SILVA, J. C. *A responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos – Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SILVA PEREIRA, C. M., *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- STERMAN, S. *Responsabilidade do Estado, Movimentos Multitudinários: Saques. Depredações. Fatos de Guerra. Revoluções. Atos Terroristas*. São Paulo: RT, 1992.
- STOCO, R. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 1997.
- STOCO, R. Revista dos Tribunais, março de 1993, vol. 689, pp. 114/133.
- VARGAS, J. O. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Juruá, 1999.
- VENOSA, S. S. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 1996.
- WALINE, M., *Droit Administratif*. Paris: Éditions Sirey, 1959.



TEMPO PROCEDIMENTAL E TEMPO JURISDICIONAL NO PROCESSO CIVIL

Ana Carolina de Andrade Silva • Andréa Alves de Almeida • Viviane Santos Rezende

sumário

01. Natureza do Ato Procedimental e do Ato Jurisdicional
02. O Tempo da Construção Procedimental na Ordinarietàade
03. Caráter Construtivo ou Diretivo do Ato Jurisdicional
04. Jurisdição e Morosidade Processual
05. Conclusão
06. Referências Bibliográficas

resumo

O tema proposto apresenta reflexões quanto à natureza do ato procedimental e do ato jurisdicional, indagando se os atos jurisdicionais, na sistemática processual brasileira, são aptos a estruturar, a construir o procedimento, ou se são atos meramente gerenciais de condutas judiciais. O artigo evidencia que, devido à jurisdicionalidade, não sofrer os efeitos da preclusão, as partes e o juiz não possuem idêntico (isonômico) tratamento legal na previsão do tempo da construção procedimental, o que é de fundamental importância na principiologia do Processo Constitucional que orienta o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade. A causa da morosidade processual é analisada em decorrência da inexistência de sanção automática para a não observância do prazo ou omissão pelo Estado-juiz.

1 NATUREZA DO ATO PROCEDIMENTAL E DO ATO JURISDICIONAL

Para definir a natureza jurídica dos atos procedimentais, necessário se faz distinguir processo e procedimento, em suas concepções contemporâneas. O processo reúne princípios e condutas jurídicas a serem seguidas pelo Estado no exercício da atividade jurisdicional. Processo é espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional, conforme FAZALARI, (apud GONÇALVES, 1992, pp. 115-118). Portanto, processo é espécie do gênero pro-

cedimento, sendo este uma estrutura técnico-jurídica de atos seqüenciais, estabelecidos por lei, praticados numa relação ESPÁCIO- TEMPORAL em que o ato inicial é pressuposto do ato seguinte e este é extensão do ato antecedente e, assim, sucessivamente, até o provimento. Quando o **procedimento** se faz pelo contraditório, temos o **processo**.

Os atos jurídicos, quando estruturadores do procedimento, encaminham-se para definir existência ou inexistência de direito material alegado. LIEBMAN (1984, p. 222) define os atos procedimentais como “*uma declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos sujeitos do processo, enquadrada em uma das categorias de*

* Ana Carolina de Andrade Silva • Andréa Alves de Almeida • Viviane Santos Rezende, Alunas do 8.º período do Curso de Direito da FUMEC

atos previstos pela lei processual e pertencente a um procedimento, com eficácia constitutiva, modificada ou extintiva sobre a correspondente relação processual”. Doutrinadores, na linha de CARNELUTTI, (apud SILVA 1996, p. 161) afirmam que atos procedimentais são aqueles praticados dentro ou fora do procedimento, desde que tenham relevância ou valor para o procedimento. Já outros, como LIEBMAN (1984, p. 161), entendem que atos procedimentais são aqueles praticados no procedimento. Portanto, os atos procedimentais constituem a própria estrutura do procedimento, como já dito acima.

Participam, como sujeitos do processo (procedimento), as partes, o juiz, os auxiliares internos e externos do juízo, o representante do Ministério Público e outros figurantes que a lei processual indicar.

Denominam-se **atos das partes** os praticados com a finalidade de exercer direitos ou poderes legais ou cumprir ônus advindos da dinâmica processual. Inúmeros são os atos das partes, tais como os atos postulatórios, atos probatórios, atos de transação.

Os atos **do juiz** advêm de sua função jurisdiccional. A jurisdição, numa concepção genérica, é a atividade do Estado para impor a vontade concreta da lei, tornando-a efetiva através da substituição da ação dos particulares por atividade de órgãos públicos. O Estado exerce especial função jurisdiccional através do juiz. O juiz (Estado) praticará atos que têm como objetivo a solução dos conflitos ou ratificação de direitos, mediante provimentos (sentenças) com vinculação plena (art. 5º, XXXV, CR/88).

Os atos decorrentes da função

jurisdiccional do juiz são classificados em decisórios e não decisórios. Os atos decisórios são aqueles que deliberam ou ordenam. Enquanto os atos não decisórios possuem conteúdo de função administrativa ou de polícia judicial.

Os **auxiliares do Juízo** também praticam atos que consistem na comunicação, movimentação e documentação do processo ou procedimento. Esses atos são realizados principalmente pelo escrivão ou chefe de Secretaria e pelo oficial de justiça e compreendem a autuação, a juntada, vista, conclusão, lavratura de autos, dentre outros.

Quanto à natureza desses atos, alguns entendem que em todos os atos dos sujeitos do processo (procedimento) estão presente **poderes, deveres e faculdades**. Outros processualistas não aceitam a existência de “poder” nos atos praticados pelo juiz, definem esses atos como **deveres jurisdicionais** a serem realizados pelo juiz e seus auxiliares a fim de que se assegure a tutela legal. É o que mostraremos a seguir.

Para LIEBMAN, (1984, p. 226) os sujeitos do procedimento possuem “vontades” na realização dos atos processuais (procedimentais). As partes ou o juiz podem utilizar de faculdades na realização de seus atos, pois para ele os atos procedimentais (processuais) são, “*indubitavelmente e por definição, fatos voluntários; não são sequer concebíveis, senão como resultado da vontade da pessoa que os leva a efeito*”. E mesmo nos atos jurisdicionais há a valoração subjetiva do juiz: “*a liberdade de valoração do sujeito na determinação do conteúdo varia muitíssimo de ato a ato: é muito ampla, por exemplo, na propositura da ação [nella domanda] e na sentença (...)*”.

Também CHIOVENDA (1943, pp. 464 -465) admite a possibilidade de exercício de “poderes” para todos os sujeitos do processo (procedimento). E, em relação ao juiz, existiriam dois princípios que regeriam seus atos: o **princípio inquisitório** e o **princípio dispositivo**. E explica: “*Abstratamente, pode-se conceber o juiz como investido de todos os poderes necessários a descobrir a verdade (princípio inquisitório), ou como constantemente subordinado à iniciativa da parte (princípio dispositivo); na prática nenhum dos dois princípios se pode encontrar completamente e consequentemente atuando, mas são temperados em proporção diversa, conforme os tempos e lugares.*” Portanto, para CHIOVENDA, o juiz poderia utilizar-se de sua faculdade, de sua subjetividade em alguns casos e, em outros, ficaria submetido à provocação das partes. Ultrapassar-seia o limite das normas expressas e das vontades das partes tomadas em si mesmas, caracterizando as leis como indicativas da atuação do juiz.

CALAMANDREI (1962, pp. 117-118) preconiza que no ordenamento jurídico, onde não há divisão dos trabalhos entre os órgãos que criam regras e os que as aplicam (como os de *commom law*), o juiz, não podendo buscar os critérios de decisão na lei que não existe, deve diretamente utilizar de sua consciência e de seu sentimento de equidade para julgar, sem que para isso siga seus caprichos individuais, devendo solucionar caso a caso de acordo com as concepções morais e econômicas predominantes na sociedade em que vive no momento. Já nos ordenamentos jurídicos de origem no direito romano-germânico, os juízes devem somente

aplicar a lei, atendo-se ao Princípio da Reserva Legal.

Processualistas modernos negam poderes e faculdades às atividades jurisdicionais. Os atos jurisdicionais seriam exclusivamente **deveres** na realização da tutela jurisdicional. DINAMARCO (1998, p. 317), emprestando papel patriótico ao juiz, diz que “*ao juiz não é lícito trazer para as decisões as suas preferências pessoais, senão canalizar os sentimentos da nação e, mediante sua sensibilidade a eles, buscar o sentido das normas*”.

GONÇALVES (1992, pp. 99-100), com habitual acerto, menciona que a sociedade deve sentir-se segura na busca da prestação jurisdicional no processo, independente de qual juiz irá prestar essa função, afastando, assim, o caráter pessoal do juiz como influenciador do processo. E afirma:

“*os deveres do juiz não derivam de poderes das partes sobre seus atos, mas são deveres que decorrem da função jurisdicional. Seu fundamento está nas próprias normas que disciplinam a jurisdição e o processo, que é a estrutura normativa em que ela se manifesta, onde o exercício do poder é a realização do poder de cumprir o dever, o dever pelo qual o Estado se obrigou quando assumiu a função de se substituir ao particular para garantir seus direitos.*”

FAZZALARI (1975, p.158) acrescenta que, mesmo na existência de discricionariedade (escolha) pelo órgão jurisdicional, deve-se praticá-la, obedecendo o parâmetro e limite estabelecido na lei, que impõe conduta ‘obrigatória’, pela qual é preferível falar em ‘dever ao

conteúdo discricional' da lei do que falar em 'dever-poder'.

Hodiernamente, não há como aceitar o exercício da jurisdição com base na clarividência, sabedoria e magnanimidade do juiz. Diante de sua função jurisdicional, cabe ao Juiz aplicar a lei, obedecendo ao Princípio da Reserva Legal. É seu dever obedecer a lei e afastar suas opiniões próprias na prestação jurisdicional.

A doutrina processual não registra explicações claras quanto à natureza do ato procedimental e do ato jurisdicional, nem ao menos esclarece se um é gênero e o outro espécie ou se são institutos distintos.

Dentro da linha de raciocínio desenvolvida por alguns processualistas, tentamos buscar diretrizes, para responder a esta questão ou, pelo menos, contribuir para o esclarecimento do tópico.

2 O TEMPO DA CONSTRUÇÃO PROCEDIMENTAL NA ORDINARIEDADE

Tempo e direito são categorias incidíveis, ainda mais quando se está à espera da declaração e da efetivação do direito pretendido, alegado em juízo.

A idéia de procedimento (processo) implica, necessariamente, atividade temporal, pois todo procedimento, como já lembrado, é construído pela seqüência espaço-temporal de atos jurídicos. Portanto, todo procedimento envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se no tempo, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado. A observância de atos procedimentais importa na determinação de tempo, lugar e dos meios

de expressão. (CHIOVENDA, 1998, pp. 5 - 6.)

Ao tempo procedimental, destinado a estruturar o procedimento, denominamos prazo, que, como bem define COUTURE (1946, p. 123), são "*lapses de tempo concedidos para a efetivação dos atos processuais*". Não são somente as partes que estão submetidas aos prazos, mas também os juízes, seus auxiliares e o Ministério Público, pois todos estes são sujeitos do procedimento jurisdicional.

A teoria dos prazos de que ora tratamos permite calcular o tempo possível da construção procedimental, somando-se os prazos dos atos das partes, do juiz e seus auxiliares e do Ministério Público determinados pelo modelo normativo. A fixação dos prazos confere eficiência ao processo, estabelecendo a ordem e a compartimentação legal necessária dos atos dos sujeitos do processo (procedimento).

Mas o que ocorre é que há uma diferença de tratamento para os sujeitos do processo. A não observância dos prazos pelas partes pode importar invalidação do ato praticado intempestivamente, a não observância do prazo ou omissão pelos juízes, seus auxiliares e pelo Ministério Público, não lhes traz sanção automática e não determina a invalidade do ato.

Não obstante os prazos serem conferidos aos sujeitos do processo (procedimento), dentre os quais se incluem as partes, o juiz, os auxiliares do juiz e o MP, vislumbramos que somente as partes se sujeitam a tal condição - a inobservância dos prazos pelo juízo não acarreta qualquer tipo de sanção automática endoprocessual. Pela simples lei-

tura do art. 187 do CPC constata-se a amplitude das escusas que a legislação favorece no sentido de permitir o desrespeito aos prazos jurisdicionais, e a quebra da paridade entre os sujeitos do processo. O referido dispositivo preconiza a possibilidade de o juiz, em qualquer grau de jurisdição, exceder os prazos “processuais”, havendo motivo justificado, mas não determina o que será considerado motivo justificado, nem exige que o juiz se justifique quando do desrespeito ao prazo. O retardamento da prestação jurisdicional pode provocar representação contra o juiz que excedeu injustificadamente os prazos, implicando na instauração de procedimento administrativo para apurar a responsabilidade. Mas esta sanção não interfere na estrutura procedimental, pois será sempre extraprocessual.

Assim, concluímos que o Estado-juiz, em flagrante lesão à isonomia dos sujeitos no processo, desvencilha-se da preclusão. A preclusão é o resultado da perda ou fluir do prazo para se manifestar no procedimento, é o trancamento do tempo legal, que não retorna, para exercer atos, a não ser em circunstâncias que a lei considere justificáveis.

A atividade jurisdicional está adstrita a requisitos, que são, entre outros, o da **inevitabilidade** e **inafastabilidade**, pelos quais se impõe ao juiz o dever de prestar a jurisdição sem procrastinação e omissão, pois, se assim não ocorrer, o princípio da efetividade do processo estará sendo violado e, inexistindo sanção automática para omissão dos deveres do juízo, o princípio legal da isonomia dos sujeitos do processo (art. 5.º, CR/88) também estará sendo lesado. (LEAL, 1999, p. 99)

Se somarmos todos os prazos que o Código de Processo Civil brasileiro estabelece para o juiz, os auxiliares do juiz e do Ministério Público no procedimento ordinário, verificamos que o tempo oferecido à jurisdição até o provimento final não ultrapassaria quatro meses. E, se somarmos os prazos para as partes, verificamos igual tempo oferecido para que exerçam o direito da ampla defesa na ordinariade. Do que poderíamos concluir que para se obter a sentença numa ação ordinária não se despenderiam mais de oito meses.

Mas a previsão do tempo da construção procedimental não guarda para as partes e juiz, como já exposto, idêntico tratamento legal, pois os prazos para o juízo não são preclusivos, sequer a desídia jurisdicional sofre sanção automática ou fiscalização do MP.

Conclui-se que, se a jurisdicionalidade não sofre preclusão, o ato do juiz proferido extemporaneamente é mero ato integrante dos autos (conjunto cartular registrador dos atos dos sujeitos do processo) e não do procedimento. O ato dito jurisdicional não seria, nessa hipótese, um ato estruturador do procedimento, mas ato aleatório ou voluntarioso, não procedimental, sem qualquer configuração de ato realizado pelas garantias constitucionais de direito pelo PROCESSO que pressupõe, nos Estados Democráticos, igualdade (isonomia) entre partes, juiz e demais figurantes do procedimento.

3 CARÁTER CONSTRUTIVO OU DIRETIVO DO ATO JURISDICIONAL

A compreensão de ato jurisdicional como construtivo ou diretivo da estrutura

do procedimento remete-nos, inevitavelmente, à análise do ato procedimental.

A doutrina processual conceitua o **ato jurídico processual (procedimental)** como sendo a vontade manifestada e reduzida à forma legal pelos sujeitos do processo.

Através de uma reflexão jurídica mais profunda, entendemos ser este um conceito **amplo** de ato procedimental. Entendemos ser impreterível regressarmos à teoria dos prazos processuais, para procurarmos a mais acertada definição de ato procedimental.

Num conceito *strito sensu*, ou mesmo numa análise morfológica da expressão, **ato procedimental** seria apenas os atos que constituem o procedimento. E neste conceito estrito não podemos incluir os atos de todos os sujeitos do processo (partes, juiz, auxiliares do juiz e Ministério Público), porque, como constatamos, os atos do juízo (órgão jurisdicional que compreende o juiz e seus serventuários) não sofrem preclusão, não se vinculam aos prazos como as partes, que têm seus atos invalidados se praticados intempestivamente. A inobservância dos prazos pelo juízo acarreta inaptidão dos seus atos para estruturar procedimentos. São atos esdrúxulos, sem forma legal.

Assim, a rigor, numa aceção estrita de **ato procedimental**, na sistemática processual brasileira vigente, são apenas os atos das partes. Sendo os atos do juízo apenas **atos judiciários**, sem figura estrutural de procedimentalidade.

Grande parte dos processualistas define preclusão como a perda, extinção, ou consumação de uma **faculdade processual**, sem estender seus efeitos igualmente a todos os figurantes do procedi-

mento. (CHIOVENDA (1998, p. 184), COUTURE (1946, p. 131)

O posicionamento por nós esposado é coerente com a exposição anterior, porque o juiz não tem faculdades ou poderes; ele tem apenas deveres submetidos às determinações normativas. Mas ocorre que estes doutrinadores se curvam ao voluntarismo jusnaturalista do século passado, impregnando os atos do juízo de valoração subjetiva, como se o juiz pudesse exercer a jurisdição fora da lei. Assim, há um silêncio quanto à indagação pesquisada, uma vez que a maioria dos processualistas, ao discorrer sobre preclusão, nada menciona sobre os atos do juízo, limitando-se em classificar os atos do juízo em decisórios, interlocutórios, de mero despacho, de comunicação, documentação e a preclusão em temporal, lógica, consumativa.

DA SILVA (1996, p. 172) entende a preclusão como impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato processual, em virtude de ter transcorrido o momento adequado para fazê-lo, mas nada fala sobre o efeito da preclusão para o juízo.

Em sendo a preclusão elemento indispensável à construção do procedimento, pois permite o desenvolvimento e fechamento das etapas procedimentais, ensejando o encerramento da etapa anterior que constitui pressuposto da etapa posterior, forçoso admitir que, se a jurisdicionalidade não sofre os efeitos da preclusão, não se reveste de aptidão para construir o procedimento. Em corolário, mais uma vez a conclusão não pode ser outra senão a de que os atos da jurisdição, na sistemática processual brasileira, não são aptos a estruturar, construir o procedimento, restando acolhê-los

como meramente diretivos ou gerenciais de condutas judiciais, sem qualquer apoio na principiologia do Processo Constitucional que orienta o Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

4

JURISDIÇÃO E MOROSIDADE PROCESSUAL

A jurisdição é a atividade monopolística do Estado de solucionar conflitos. A atividade jurisdicional assumiu o lugar da autotutela, com transferência da apreciação e solução dos litígios ao Poder Judiciário.

No Estado Democrático de Direito, o processo é instituição instrumentadora e legitimadora da jurisdição e não é demais lembrar que a jurisdição tem como fonte exclusiva o ordenamento jurídico - Princípio da Reserva Legal. O juiz não age mais com arbitrariedade. Conquistas históricas possibilitaram a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos com exercício da atividade jurisdicional exclusivamente realizada de acordo com a lei, cuja interpretação há de ser compartilhada entre partes e juiz.

A prática de atos pelo juiz no exercício de sua função jurisdicional só terá validade quando observados os requisitos da Jurisdição. São esses requisitos que conferem ao juiz legitimidade para agir e garantem a efetividade do processo. A Jurisdição é função inafastável e inevitável do Estado, uma vez que ao ser provocada deverá ser útil e eficiente. A atividade jurisdicional não pode ser morosa, retardando a proteção da liberdade e direitos das pessoas. É imprescindível que essa prestação seja realizada com presteza.

Levando em consideração que os atos procedimentais das partes sofrem preclusão e os atos jurisdicionais não, há quebra do princípio constitucional da isonomia (art. 5º da CR/88) e negativa do Processo e do Estado Democrático de Direito.

Se os atos das partes têm que ser cumpridos sob pena de preclusão, não há como retardar esses atos com o fim de impedir o andamento do processo. E isso não ocorre com os atos jurisdicionais. O prazo é descumprido sem que ocorra a preclusão. Com efeito, o adiamento da prestação jurisdicional ocorre sem que haja conseqüente sanção indenizatória às partes prejudicadas pelo retardamento da tutela estatal.

A diminuição dos prazos dos atos das partes não seria a solução para o problema. O encurtamento dos prazos cercaria o direito de defesa, violando um dos princípios do processo, o da ampla defesa. Além de não se admitir a mutilação do tempo fundamental dos atos procedimentais com a redução da *cognitio*, o estreitamento da estrutura técnica do procedimento não pode resultar na restrição das hipóteses recursais, pois se feriria, novamente, o direito constitucional de ampla defesa.

A legislação brasileira estabelece que o juiz pode retardar os seus atos somente por motivo justificado. Mas o juiz ou o órgão jurisdicional não pode alegar acúmulo de serviços para justificar a morosidade processual, pois o Estado existe justamente para garantir os direitos das pessoas e a jurisdição é dever indesculpável do Estado. Se há excesso de serviços, é obrigação do Estado abrir mais concursos, recrutar mais funcionários para que possa cumprir sua função. Se o Estado está sendo

insatisfatório, em sua atuação, o Poder Legislativo deve agir para modificá-lo, não sendo constitucional penalizar o povo pelos defeitos da atuação do Estado.

O legislador brasileiro estabeleceu para sancionar o retardamento da prestação jurisdicional a representação pelo Ministério Público contra o juiz que exceder os prazos, implicando na instauração de procedimento administrativo para apurar a responsabilidade. Como bem esclarece o professor LEAL (1999, p. 99):

“a omissão dos membros do Ministério Público, que concorre para tornar evitável a jurisdição, por desídia do órgão jurisdicional ou pretexto de acúmulo de serviço da magistratura, configura crime contra a Administração Pública cuja apuração deveria ocorrer pelo Poder Legislativo (art.52, II, CR/88), que poderia destituir o Procurador Geral (arts. 128, §§ 2º e 4º da CR/88), caso esse se revele indiferente às iniciativas legais à responsabilização dos prevaricadores.”

5 CONCLUSÃO

De lege ferenda, o legislador poderia minorar as angústias da demora pro-

cessual, reduzindo a estrutura do procedimento sem, contudo, desprezar as garantias da ampla defesa, isonomia e contraditório constitucionalmente asseguradas. Tomemos como exemplo, a audiência de conciliação, introduzida pela reforma de 1994. Podemos notar que esta não passa de tentativa frustrada de extinguir precocemente os litígios. Contudo, a inserção desta na estrutura do procedimento acaba por retardá-lo, uma vez que a conciliação pode ser pretendida no ato da realização da audiência de instrução e julgamento. O que se percebe é a redundância de atos e conseqüente prolongamento do procedimento com sobrecarga de serviços ao próprio Juízo. A celeridade tem que se ajustar ao asseguramento de direitos fundamentais do processo na estruturação dos procedimentos.

A morosidade Processual decorre, em primeiro lugar, dos privilégios que a lei cria para o juízo e para o poder público em nome de um Estado ficticiamente protetor de direitos, o que já suplica intervenção do legislador constituinte para corrigir tais distorções no discurso da lei processual brasileira.

referências bibliográficas

- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho processual civil*. Tradução por Santiago Sentis Meleno Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962.
- CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del processo civil*. v. I. Juridicas: Buenos Aires, 1959.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. II. Tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & cia editores, 1943.
- . *Instituições de direito processual civil*. v. III. Tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva & cia editores, 1943. .
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LEAL, Rosemiro Pereira . *Teoria Geral do Processo – primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. Edição Saraiva, 1977.
- SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Bosh: Barcelona, 1950.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de direito processual civil*. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

UM ENSAIO CRÍTICO-TEÓRICO SOBRE POLÍTICA CRIMINAL E DIREITOS HUMANOS NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



André Luís Del Negri*

sumário

- | | |
|---|---------------------------------------|
| 01. Apresentação do Tema | 05. A Humanização do
Direito Penal |
| 02. As Condições de Reclusão no Sistema
Penitenciário brasileiro | 06. Palavras Finais |
| 03. Tendências Político-Criminais | 07. Conclusão |
| 04. Aspectos Constitucionais-Internacionais | 08. Referências Bibliográficas |

resumo

Este artigo não tem por objetivo a descrição longa e exaustiva do colapso da atualidade carcerária. Ele busca apenas traçar um esboço do atual cenário, salientando a importância de se implementar, neste contexto, o garantismo constitucional.

Palavras-Chave: Direitos humanos; Garantismo constitucional, Política criminal.

1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

Entre os problemas que o Direito Criminal enfrenta nos últimos tempos salienta-se um que já se transformou numa verdadeira litania: A patologia do sistema carcerário. Por um lado, é um tema que apresenta o rótulo de insolúvel. Por outro, é algo que necessita ser examinado, pois a crise ainda se arrasta no modismo e, por mais discussão que haja a respeito, pouco ou nada se tem feito.

Quatro serão os aspectos abordados: O primeiro é uma reflexão sobre o necrosado sistema brasileiro, trazendo à baila questões de competência constitucional quanto a manutenção dos estabele-

cimentos penitenciários e alguns dados estatísticos; o segundo é a discussão de algumas tendências mundiais de política criminal onde ressaltaremos a urgência de uma ampla e responsável política criminal de descriminalização e despenalização; o terceiro é a falta de aplicabilidade de alguns direitos constitucionais e internacionais. E enfim, o quarto aspecto está ligado à humanização do direito penal.

2 AS CONDIÇÕES DE RECLUSÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No Brasil a competência para cuidar dos assuntos inerentes ao sistema peni-

* André Luís Del Negri, Advogado, Mestrando em Direito Constitucional pela UFGM e Professor na Universidade de Uberaba -MG.

tenciário está distribuída entre alguns órgãos por meio da chamada *competência concorrente* (art. 24, I, CF). Assim, quem dita no âmbito federal a política e as diretrizes quanto à prevenção de delitos, execução de penas e medidas de segurança é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, um órgão subordinado ao Ministério da Justiça.

A administração dos centros penitenciários fica a cargo do Poder Executivo de cada Estado-Membro por intermédio das Secretárias de Justiça ou de Segurança Pública, que observando as normas gerais nacionais sobre direito penitenciário, criam as *normas suplementares* (art. 24 § 2º, CF) necessárias à disciplina de seus estabelecimentos. A supervisão, ou seja, o controle externo do sistema penitenciário cabe ao Poder Judiciário de cada estado.

Tendo-se em vista as disposições constitucionais quanto à competência acima exposta, por mais organizada que pareça ser a manutenção do sistema carcerário, as dificuldades ainda são enormes e conhecidas de todos.

A primeira observação que se faz é com relação à estatística. Um censo oficial realizado em 1994, revelou a «cara» dos estabelecimentos penais que se mostrou da seguinte forma:¹ dos aproximadamente 130 mil presos que compõem a população carcerária no Brasil, 96,31% são homens e 3,69% mulheres; essa população é significativamente jovem pois 68% dos reclusos têm menos de 25 anos e 97% são analfabetos ou semi-analfabetos.

Não é desenvolvido nenhum trabalho nas prisões, o que os obriga a passar

o dia todo dormindo ou andando de um lado para o outro; inexistindo qualquer trabalho pedagógico ou produtivo, o resultado só poderia ser um, a reincidência; 85% voltam a delinquir, o que demonstra de forma muito clara, que uma das finalidades da pena, a ressocialização, não é alcançada.

O que há é um verdadeiro «depósito de presos». Faltam higiene, saúde e alimentação. Os recursos são precários e os agentes penitenciários insuficientes; não há separação por tipo de crime e personalidade dos reclusos. As rebeliões e massacres são constantes e os benefícios dos presos demoram muito para se efetivar.

A segunda observação a ser feita é com relação à algumas penitenciárias brasileiras que atuam num patamar aceitável, cumprindo ou tentando cumprir, as normas internacionais e internas de tratamento ao ser humano. Um desses casos, a exemplo da penitenciária Central na Costa Rica, é o centro Penitenciário de Papuda no Distrito Federal e o Hospital Penal de Niterói no Estado do Rio de Janeiro, que foram elogiados na visita feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1999.

3 TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS

Diante do exposto *supra*, qual seria a saída? Uns defendem a privatização das penitenciárias idéia, para nós, pouco atraente, pois não resolveria por completo o problema. Não há dúvida

¹ Fonte obtida num relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, feito em 1999 pela *Inter-American Commission on Human Rights of Organization of American States*.

de que haveria, em comparação ao Estado, melhor gerenciamento, o que, entretanto, por si só não bastaria para recuperar o homem; outros entendem necessário oferecer mais: por exemplo, trabalho, livros e aulas.

Em termos de Política Criminal hoje há mais três tendências mundiais muito discutidas, e a adoção de uma ou outra, poderia causar um verdadeiro caos. Em vista disso, uma das questões cruciais a serem enfrentadas nestes meados do século XXI é saber qual a política criminal adequada: o Direito Penal Máximo, o Direito Penal Mínimo ou o Direito Penal Abolucionista?

Inquestionável que o que vem ocorrendo nestes últimos anos, com a edição de um grande número de normas penais monstruosamente repressivas, é a construção de um **Direito Penal Máximo**.

Esse processo penalizador tem sido um dos principais responsáveis pela «vulgarização do direito penal». A multiplicação incessante de leis colabora para esta desvalorização, pois quanto maior o número de leis, menor o respeito da sociedade, fenômeno este, que levou expressivos estudiosos a sugerirem a sua completa abolição, como prega o criminólogo holandês Louk Hulsman. Com isso, surge a idéia de um **Direito Penal Abolucionista**.

O posicionamento do professor da *Erasmus universiteit Rotterdam* é de postura radical. Ativo pesquisador, Hulsman relata experiências praticadas em algumas tribos da Austrália que insistem, até hoje, em administrar os conflitos sociais sem criminalizá-los. A solução para tais casos, resolve-se sempre através da composição civil.

Os males dessa enxurrada de leis ou

a ausência de um Direito Penal, na nossa concepção, não seria o ideal. A hipertrofia penal não resolve problema nenhum. A abdicação do Direito Penal nos levaria a uma situação comparável à filosofia de Thomas Hobbes, ou seja, a dos lobos: *homo homini lupus*. O homem seria o lobo do próprio homem e isto ocasionaria a guerra de todos contra todos. Então como solucionar interesses adversos tão díspares?

Defendemos a tese de um **Direito Penal Mínimo**, que seria uma moderna e destacada política criminal que postula a descriminalização dos pequenos delitos e a despenalização; o que vale dizer, que o ordenamento positivo deve deixar para último caso a previsão de sanções penais, seria a última *ratio*, sempre de forma criteriosa e necessária.

Um dos instrumentos dessa política criminal como vimos, seria a **descriminalização** que nada mais é do que a renúncia jurídica ou formal de agir em um conflito de natureza penal por intermédio do sistema penal; A **despenalização** seria a adoção de processos alternativos, de natureza penal ou processual penal, cuja finalidade seria obstruir, dificultar, substituir ou até mesmo restringir a aplicação da pena de execução sem afastar o caráter ilícito do fato.

Assim sendo, evitar-se-ia regular situações contingentes e particulares que muitas vezes servem apenas a interesses casuístas, a um discurso político do momento, que tem por finalidade mitigar o clamor público inflamado pela mídia.

Aconselhável então, em nossa visão, é o princípio da intervenção mínima que aparece como um ponto norteador do Direito Penal Positivo.

4

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS- INTERNACIONAIS

A Constituição Federal de 1988, juntamente com as leis infraconstitucionais e os tratados internacionais protetores dos direitos humanos, são instrumentos que fornecem prescrições avançadas ao tratamento que deve ser dispensado aos detentos no cumprimento da pena.

BOBBIO (1992), ao examinar a questão, mostra que esses direitos, em geral, são realmente avançados mas, que atualmente, encontram um grande e árduo desafio, isto é, o de garanti-los.

0.1 A Proteção Interna

Sustenta a Constituição Federal no capítulo referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º III) que *“ninguém será submetido... a tratamento desumano ou degradante”*.

Indaga-se, assim, a respeito do atual quadro que se passa dentro das penitenciárias e cadeias públicas espalhadas por todo o país conforme relato acima transcrito. Os internos não estão recebendo o tratamento a eles assegurado, e o que se vê, é uma situação diametralmente oposta à ótica Constitucional ferindo, portanto, a supremacia da Constituição.

A Lei de Execução Penal (lei nº 7.210/84) em seu art. 88 declara que *“o condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório,... salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração,... e condicionamento térmico adequado à existência humana”*, e em seu art. 85 afirma que *“o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade”*.

A finalidade do estabelecimento, juntamente com a da pena, caracteriza-se pelo trinômio retribuir-intimidar-ressocializar; mas como ressocializar o indivíduo em um ambiente degradante que avilta as condições humanas?

Ao examinar a natureza da Constituição, SCHIMITT (1931) acrescenta a possibilidade de considerá-la como um contrato na ordem jurídica federal. Com isso, esse publicista sustenta que tal idéia foi uma concepção muito utilizada durante o século XIX na Alemanha.

Ante ao exposto, conclui-se que nos dias atuais, reconhecer a Constituição como um contrato é necessário; não evidentemente, como um contrato particular de direito privado mas, sim, como um compromisso constitucional de assegurar o que está escrito.

Daí resulta como conclusão do nosso objeto de estudo, haver um imenso desrespeito pela Lei de Execução Penal e o pior, um vergonhoso descaso pelos princípios e regras da Constituição Federal, que cotidianamente, é violada principalmente na sua estrutura, onde estão registrados os Princípios da República Federativa do Brasil. Se tal fenômeno ocorresse em países que «vivem» um verdadeiro Estado de Direito, e desfrutam de certa estabilidade política, essa ofensa à Constituição seria gravíssima.

0.2 A Proteção Externa

No que diz respeito à proteção do ser humano, o Direito Internacional também contribui de forma enriquecedora, por meio de várias regras jurídicas internacionais encerradas em Tratados e Declarações.

Essa preocupação em torno dos direitos humanos deu origem à Declaração

Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Referida Declaração reconhece, dentre seus 30 artigos, alguns direitos tradicionais de caráter individual como, por exemplo, o “*direito de não haver penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes...*”

De há muito, vêm os autores, discutindo o valor dessa Declaração no que diz respeito a sua aplicabilidade. Há aqueles que põem em prova o seu valor jurídico afirmando não apresentar força de lei². Apesar disso, outros refutam a idéia e defendem que a Declaração integra o direito costumeiro internacional e, por esse simples motivo, possui força jurídica vinculante (HUMPHREY, apud PIOVESAN, 1997).

Para Duguit, a questão apresenta-se sem maiores problemas. Para este francês, há uma verdadeira superioridade da Declaração de Direitos frente às outras categorias de leis constitucionais e infraconstitucionais; em outras palavras, as Declarações Universais seriam normas *supraconstitucionais* (DUGUIT, apud HORTA, 1999).

Vê-se, que atualmente, tal Declaração é permanentemente descumprida, e por isso, sempre vem à tona a velha e sensata pergunta: não existe sanção para aqueles que não a cumprem?

O que temos acompanhado na prática, infelizmente, é uma total ausência de punibilidade dos Estados signatários que afrontam a referida Declaração.

Já, com relação aos Tratados, não pairam dúvidas quanto à sua força jurídica vinculante. Quanto a estes, o debate formulado se restringiu ao relevo jurídico que os mesmos teriam ante as Constituições dos Estados signatários, o que aliás, foi motivo de penetrantes indagações entre Hauriou, Durverger e Kelsen.

Ao examinar o tema, LOEWENSTEIN (1976) em trabalho sobre a Teoria da Constituição, coloca em destaque essa importância ao definir que os tratados são vistos como algo que está acima dos interesses dos Estados e fora do seu alcance.

O Brasil adotou o sistema *norte americano*, ao recepcionar os tratados internacionais de proteção humanitária, como leis federais. GOMES (1994) em sua obra, direito de apelar em liberdade, aponta aspectos do assunto, ao expor que, desde que o Pacto de São José da Costa Rica não conflite com a Constituição Federal, vale no mínimo como lei ordinária, lembrando ainda, que essa é a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.

Com todo respeito, discordamos do eminente professor e do nosso órgão de cúpula do Poder Judiciário. Não achamos que os tratados devam ser recepcionados como leis federais mas, sim, como normas constitucionais por dois motivos.

Em *primeiro lugar*, a nossa Constituição é muito objetiva no que diz respeito a constitucionalização dos tratados internacionais. Para tanto, basta na aná-

2 Sobre este assunto, Flávia Piovesan cita Roosevelt à época em que, representante da Comissão de Direitos Humanos, acentuou: “*Ao aprovar esta Declaração hoje, é de primeira importância ter a clareza das características básicas deste documento. Ele não é um tratado; ele não é um acordo internacional. Ele não é e não pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que selada com a aprovação dos povos de todas as Nações*”. Whiteman, apud, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 162 nota 162.

lise o § 2º do artigo 5º, empregarmos o *método da interpretação gramatical ou literal*, que encontraremos, sem dificuldades, o verdadeiro sentido da norma que diz: “ *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes... dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Todavia, não tem sido esse o *atual* entendimento do Supremo Tribunal Federal. Atual porque, o próprio STF até 1978, concedia relevante importância ao assunto, pois abraçava o monismo kelseniano, ou seja, a prevalência dos tratados sobre as leis internas dos Estados. Hoje, na expressão de BARROSO (1996), há um «monismo moderado», ou seja, os tratados internacionais têm hierarquia de leis federais.

Em *segundo lugar*, as tradicionais técnicas de interpretação, como a *teleológica e sistemática*, demonstram que o Brasil é um Estado Democrático de Direito comprometido com a ordem interna e internacional (Preâmbulo da Constituição). Além do mais, convém lembrar, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e que está expressa no art. 1º, inciso III e, no art. 4º, inciso II. Ora, é óbvio que a vontade do Poder Constituinte Originário, ao criar a atual Constituição foi a de proteger o cidadão de uma forma eficaz.

Em uma rápida análise de direito comparado, destaca-se no âmbito latino-americano, estados como Peru, Argentina, Nicarágua, Guatemala e Colômbia que dão, aos tratados de direitos humanos, uma *hierarquia constitucional*.

No âmbito da América, atualmente, a grande proteção sobre direitos huma-

nos é, sem qualquer dúvida, a Convenção Americana, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Este Pacto, entrou em vigor no Brasil em novembro de 1992, após o depósito da Carta de Adesão «ratificação» junto a Organização dos Estados Americanos «OEA».

No que diz respeito ao seu conteúdo, há uma expressiva quantidade de direitos de primeira geração, ou seja, direitos à vida, a integridade física, ao juiz natural, ao *habeas corpus*, à indenização por erro judiciário, enfim, direitos considerados individuais.

Quanto aos assuntos penitenciários, aduz este Pacto, em seu artigo 5º, § 2º, que “*toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*” e no § 6º que “*as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”.

Como visto, esse é mais um caso de desobediência normativa que, por consequência, nos leva a reformular a mesma pergunta feita acima: existe sanção para aqueles Estados que não cumprem o Pacto de São José?

A resposta é positiva. Há um verdadeiro aparato para que o Pacto seja cumprido e, qualquer cidadão da América poderá chegar às portas da Convenção Americana por intermédio de uma simples petição, que deverá conter alguns requisitos como o nome, a profissão, o domicílio, o motivo e os fundamentos e, por fim, a assinatura do postulante.

Esta petição, será enviada para um órgão, situado em Washington, chamado Comissão de Direitos que tentará, politicamente, resolver o conflito. Não logrando êxito, a causa será levada à apre-

ciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que dentre outras atribuições, é competente para julgar os casos e emitir sentenças condenatórias, mas para tanto, há a necessidade do Estado signatário, envolvido na lide, delegar jurisdição para que essa mesma sentença tenha caráter coercitivo e não fira o velho conceito de soberania.³

Algumas decisões da Corte, já surtiram efeitos no âmbito da América Latina ao julgar casos famosos como o de Velasquez Rodrigues, ocorrido em Honduras, em que seus familiares receberam compensação pecuniária. O Brasil, tem uma série de denúncias tramitando pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como o antigo caso do «massacre» no Carandirú.

5 A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

A humanização do Direito Penal ocorreu pela primeira vez, a partir da elaboração teórica de Cesar Bonessana «Marquês de Beccaria». Considerado o principal criador dessa sistemática de humanização e proporcionalidade da pena, publicou em 1764 *Dei Delitti e delle Pene* (BITENCOURT, 1999).

John Houward, dando relevo ao assunto, apresentou interessante trabalho na Inglaterra conseguindo chamar a aten-

ção de todo o mundo para a sua preocupação com os problemas penitenciários. Adotando um humanismo profundo, nunca aceitou as condições deploráveis em que se encontravam as prisões inglesas. Já naquela época, Houward insistia na importância fundamental de se construir estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade com um mínimo de higiene e alimentação, ou seja, as necessidades básicas e essenciais inerentes ao ser humano (BITENCOURT, 1999).

Estas reflexões conduzem à meditações sobre a urgente reformulação das tarefas do Estado Contemporâneo. Ora, depois de dois séculos de luta o problema ainda continua, só que não há mais tempo para fazermos experiências com as penitenciárias como fazia Jeremias Bentham, através de seu «panótico»⁴.

O presente debate sobre o assunto é de importância capital. Nesse sentido, a busca da humanização da dogmática penal e a estima dos valores em tela se faz urgente. O Direito Penal é humano, é voltado para o ser humano e a receita para protegê-lo está no novo papel que o operador do direito tem que desempenhar.

Exige-se, portanto, que o desempenho dos operadores jurídicos, e até do Legislador, seja pautado por uma certa sensibilidade no exercício de suas atividades, pois estão trabalhando com algo de extrema importância que é a pessoa humana.

3 O Brasil, após renhida luta da sociedade civil brasileira, permitiu ser julgado pela Corte Interamericana em 8 de setembro de 1998, após decisão do Congresso Nacional. Infelizmente, com essa onda de neoliberalismo, há rumores de que o Brasil pretende «denunciar» o art. 62 do Pacto de São José no que diz respeito à aplicação daquela Convenção, ou seja, se desligar dessa situação de submissão à jurisdição da Corte. Por tais motivos, defendemos a constitucionalização dos tratados, afastando a idéia de que os mesmos tenham o idêntico valor das leis ordinárias, dificultando assim, até a sua ab-rogação segundo o aforisma *Lex posteriori derogat priori*.

4 Panótico era um projeto arquitetônico que consistia em dois edifícios circulares, encaixados um no outro, como uma espécie de «colméia». Segundo Bentham, essa arquitetura facilitaria a inspeção das celas que poderiam ser vistas de um ponto central, dando assim, maior segurança. BENTHAM *apud* BITENCOURT (1999).

É com base nesses valores que devem se assentar as respectivas condutas, pois com essa preocupação de ser o mais humano possível, é que também se atinge a justiça.

4

PALAVRAS FINAIS

Ao concluir este exame, recorde-se uma interessante passagem de CAMPOS (1962, p. 69) ao relatar uma publicação de jornal e um caso brasileiro que se seguem respectivamente:

“ Domingo último, 8 de fevereiro, publicaram os jornais cariocas êste curioso telegrama de Portugal, fornecido pela United Press:

Lisboa, 7 – os presos da cadeia de Monte–Mor–Novo serraram as grades do cubículo, saindo a passear pelas ruas e a liberar pelas tabernas durante a noite, regressando pela manhã à cadeia, com exceção de um deles, cujo paradeiro é ignorado.

E segue o imortal membro da Academia Brasileira de Letras: *“ Essa pequena notícia provinciana, procedente da outra margem do Atlântico, não constitui para nós nenhuma novidade. Eu próprio contei em livro, há uns quinze anos, três casos brasileiros absolutamente semelhantes... um deles, ocorreu em PIRACURUCA, no Piauí. Não dispondo de verba especial para o sustento dos presos, resolveu o Prefeito municipal a dificuldade permitindo que os indivíduos ali recolhidos para cumprimento de pena abandonassem pela manhã a prisão, com a condição de, terminada a faina nos seus*

roçados ou nos serviços de rua, se recolhessem novamente à cadeia. Certa vez, porém, foi essa autoridade procurada pelo carcereiro, que foi fazer uma queixa grave: um dos elementos, o «Sol Pôsto», criminoso de morte, em vez de recolher-se às seis horas da tarde, ao toque da «Ave-Maria», conforme ficara estabelecido, deixava-se a perambular pelas vendas do mercado até oito e nove horas, indo bater à porta da cadeia quando esta já se achava convenientemente aferrolhada. Dias depois era o «Sol Pôsto» levado à presença do Prefeito, que lhe fez a mais terrível das ameaças:

- Olhe, seu «Sol Pôsto», você está saindo do sério, com essa história de querer desmoralizar a autoridade e se você continuar a chegar à cadeia de depois de fechada, eu dou ordem para não abrirem, e você dorme na rua.

... A dimensão e a forma dos acontecimentos são, assim, emprestados pelo tempo, e não uma dificuldade deles mesmos. O que era outrora divino, é hoje comum e prosaico... essas fugas de presos não constariam hoje de simples notícias de fundo policial... no-las forneceriam como exemplo de dignidade e desprendimento humanos...”

Mas, da mesma forma que está difícil nos nossos dias encontrar a grandeza e a beleza de tais atos como este de Piracuruca, essa decadência, porém, é recíproca, pois cidadãos e Estado pelo jeito trocam essas “gentilezas” e quem sabe um dia um outro «Sol Pôsto» não fuja e quando interpelado de sua volta diga: realmente fugi! e fugirei quantas vezes for necessário e não retornarei à prisão enquanto não me tratarem como ser humano.

7 CONCLUSÃO

A célebre frase “*La loi est l’expression de la volonté générale*” estampada para todo o mundo através do art. 6º da Declaração Francesa de 1789, na atual conjuntura, não demonstra aquela força que teve no século XVIII. Nem mesmo a frase de Bluntschli: “*a lei é a expressão mais elevada e mais eminentemente política do direito, sua fórmula mais ponderada e mais pura... a lei é o verbo perfeito do direito...*” (BLUNTSCHLI, apud FERREIRA FILHO, 1995, p.13).

Hoje, ao examinarmos as palavras acima transcritas, acreditamos que tais mereçam alguma meditação. Evidentemente, tais assertivas devem ser relidas com um certo ar de ironia, pois dizer que a lei é a vontade do povo, seria forçar o raciocínio. Atualmente a elaboração das leis, em sua grande maioria, não passa de um discurso casuísta de poucos, ou melhor, daqueles que fazem parte do «governo dos trinta» à semelhança do que ocorria à época de Platão. Infelizmente, não se pode acreditar tanto nas leis criadas pelo nosso legislador, em especial, as leis penais.

A extensão e a generalidade dessas questões chegam a desvalorizar ainda mais o Estado, que deveria assegurar, a

priori dentro do âmbito de suas atribuições, a aplicação de tudo o que está explícito na Constituição. Se este mesmo Estado não implementa tais direitos, chega-se a uma conclusão: os cidadãos estão sofrendo uma dupla condenação, isto é, estão se curvando perante o poder estatal de dizer o direito, e ao mesmo tempo, estão pagando pela sua omissão em não cumprir os direitos assegurados.

Por tudo, constata-se que os profissionais do direito, no exercício de suas atividades, devem, portanto, estar mais voltados para os *princípios* e *regras* constitucionais (visão garantista), pois a Constituição necessita dessa mística de possuir uma áurea de supremacia.

Agindo desta forma e cultivando os postulados ontológicos capazes de orientá-los no contato com a pessoa humana, é que admitiremos o pensamento do poeta latino Terêncio: *nada do que é humano me é estranho*. O que não podemos, é deixar de lado estas pessoas que já estão com a cidadania suspensa, mas não com seus direitos indisponíveis de ser humano.

É nessa mudança na tomada de decisão, que implementaremos o verdadeiro Estado Democrático de Direito fundado no respeito à dignidade da pessoa humana e na Constitucionalização da Ciência Penal.

referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CAMPOS, Humberto de. **Contrastes _Crônicas**. São Paulo : W. M Jackson, 1962.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo : Saraiva, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito de apelar em liberdade**. São Paulo : RT, 1994.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona : Ariel, 1976.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- SCHIMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Barcelona : Labor, 1931.

RESENHA

GOULART, Clóvis de Souto.
Formas e sistemas de governo.

**Uma alternativa para
a democracia brasileira.**

**Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,
CPGD-UFSC, 1995, 223 p.**



UNIUS

Alexandre Walmott Borges*

Começa a ocupar espaço nos meios de comunicação do país, outra vez, a discussão sobre o sistema de governo adotado em nosso ordenamento político-constitucional. A matéria foi objeto de plebiscito no ano de 1993. (conforme a disposição do artigo 2º, ADCT, alterada pela Emenda Constitucional n.º 2). Vingou, à época, a manutenção da forma republicana e do sistema parlamentarista. A discussão ressurgiu, no ano de 2.000, como uma espécie de experimento de aceitação. Ou, como um balão de ensaio para os projetos políticos no cenário nacional.

Publicado no ano de 1995, o livro de Clóvis Goulart apresenta atualidade e boa ordenação de informações para enfrentarmos o assunto. O autor procurou atacar todos os problemas das formas e sistemas de governo. A sua obra está na órbita de disciplinas como a Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Teoria Geral da Constituição. É revelante a sua

consulta para os operadores do Direito Público, agentes políticos e professores das disciplinas mencionadas.

O trabalho parte dos conceitos centrais sobre o Estado, o governo e as peculiares formas de organização das instituições no seio das sociedades. Os primeiros capítulos, como introdução aos pontos centrais da obra, têm a deliberada intenção de expor os marcos teóricos, no campo da Ciência Política e Teoria Geral do Estado, que o autor trabalha. Há considerações de maior pertinência ao campo da ciência do Direito. Sabendo da proeminência de Kelsen na teoria jurídica vintecentista, o autor analisa as concepções do teórico vienense sobre o Estado.

Os fins do Estado e o governo merecem boa ilustração no capítulo segundo de sua obra. É interessante como são dissipados alguns lugares comuns repetidos na cátedra do Direito Político. O autor, em quadro comparativo entre Monarquia e República, mostra a fragilidade de tipos

* **Alexandre Walmott Borges**, Professor da Universidade de Uberaba e do Centro Universitário do Triângulo – UNIT, Mestre em Direito pela UFSC, Doutorando em Direito pela UFSC, Advogado.

diferenciadores como a eletividade para caracterizar a República (bem ilustra que o Estado do Vaticano, uma monarquia, tem o seu chefe eleito). Vai acentuar que a tipologia adequada das formas de governo está na democracia e autocracia.

Os capítulos terceiro e quarto são dedicados, justamente, à democracia. Evitando a associação restritiva entre democracia e maioria de sufrágio, aprofunda os conceitos dinâmicos e substanciais do regime democrático. Vai escorar a natureza peculiar da democracia na manifestação popular, encontrando o seu limite no princípio da igualdade. Daí deriva a saliente posição dos Direitos Fundamentais na democracia. Em seguida, a concretização histórica da democracia e a sua definição a partir dos Direitos Fundamentais. Estabelece um *discrímem* entre democracia liberal, social-democracia e democracia popular. A maior relevância aos Direitos Fundamentais, em suas várias espécies (individuais, políticos, sociais e econômicos), definirá o modelo de democracia adotado. É patente, neste momento, a valorização do autor do modelo de democracia-social. Na democracia preocupa-se em diferenciar os instrumentos de democracia direta (ou participativa) e conceituá-los: plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular.

O livro ainda dedica crítica ao sistema de governo presidencialista. Há a preocupação de mostrar as falhas no relacionamento Executivo – Legislativo dentro do sistema presidencialista, levando à hipertrofia de funções e poder no Executivo. Talvez aí o texto mostre um pequeno descuido. É patente a postura favorável ao parlamentarismo do escritor. As suas críticas ao presidencialismo talvez obscureçam uma abordagem crítica

também em relação ao parlamentarismo. Nota-se a predominância no continente europeu do sistema parlamentarista em democracias sólidas e estáveis (em sua forma monárquica e republicana). Ocorre que a sólida experiência da democracia estadunidense, em seu sistema presidencial, não pode ser descuidada. Mesmo podendo ser apontado esse rótulo de aberta defesa parlamentarista, o texto apresenta sobriedade em apontar o problema central dos sistemas de governo: a cooperação ou co-responsabilidade entre o Legislativo e Executivo. Não cai, assim, nas obviedades de um discurso panfletário.

O rigor do livro está cristalizado em sua conclusão. Em parte por sua experiência no magistério de disciplinas da área constitucional, e também por ter atuado em processos constituintes concretos, o autor apresenta uma proposta concreta de adoção do parlamentarismo. O autor não se intimida em apresentar um projeto das normas exigidas no texto constitucional para o sistema parlamentarista. Faz o desenho normativo do sistema parlamentarista: apresenta as funções do Presidente da República, do Chefe do Gabinete de Ministros, da responsabilidade do Executivo perante o parlamento, da forma de eleição e composição do Ministério. Traz a tona todas as implicações da mudança de regime para o processo constituinte derivado. Registra a preocupação em conciliar o plebiscito com uma possível Emenda à Constituição. É um projeto maduro e sedimentado.

Como a democracia brasileira caminha para mais este desafio, o livro de Clovis Goulart torna-se precioso em debates e para encaminhar propostas concretas de mudança do sistema de governo.

INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES

A REVISTA UNIJUS ACEITA TRABALHOS DE NATUREZA JURÍDICA ABRANGENDO:

- artigos inéditos
- resumos de teses, dissertações e ensaios
- resenhas de livros

ENVIAR PARA UM DOS SEGUINTE ENDEREÇOS :

PELO CORREIO:

- À Maria Montandon- Coordenadora da Editora da Universidade de Uberaba- Av. Nenê Sabino, 1801- Bairro Universitário –CEP-38055-500- Uberaba- MG;
- À Sandra Maria da Silva –Coordenadora Do Núcleo De Estudos Jurídicos “Promotor De Justiça Luciano Justiniano Ribeiro” Fórum Melo Viana – Rua Lauro Borges, Nº 97- Centro CEP 38010-060 Uberaba MG.

POR VIA ELETRÔNICA:

- ormezinda.ribeiro@uniube.br
- maria.montandon@uniube.br
- sandras@enetec.com.br

OBSERVAÇÃO: Os trabalhos devem ser acompanhados de uma carta de encaminhamento assinada por todos os autores solicitando publicação na Revista UNIJUS indicando:

- Título do Trabalho
- Nome (s) do (s) autor (es)
- Qualificação profissional
- Instituição a que está vinculado
- Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone)

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS

Forma de Apresentação dos Originais:

- Três vias do texto em espaço duplo, sendo que só uma via conterá nome (s) e dados do(s) autor (es);
- Margem superior e inferior de 2,5 cm; laterais de 3 cm e disquete de 3,5 polegadas com texto gravado em editor de texto Word for Windows em fonte Book Antiqua, corpo 10. Papel A4 (210x 297) impresso de um só lado;
- Os artigos devem ter no máximo 30 laudas de até 30 linhas;
- A paginação deverá vir no canto superior direito da folha, incluindo-se referências bibliográficas;

As resenhas devem ter no máximo 10 laudas de 30 linhas e 70 caracteres.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

- Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto;
- Nome(s) do(s) autor(es), titulação e vínculo institucional em notas de rodapé;
- Resumo: No caso de artigo, o autor deve apresentar um resumo com aproximadamente 150 palavras em língua portuguesa, além de um resumo em inglês (abstract), indicando 3 palavras-chave em português e em inglês (Key Word);
- Introdução, desenvolvimento livre, conclusões. As resenhas devem apresentar a referência bibliográfica completa da obra analisada, no início do trabalho;
- Ilustrações: (figuras, desenhos e gráficos). Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Windows e sua disposição deve ser indicada pelo autor;
- Notas de rodapé: apresentam-se ao pé da página com caracteres menores do que o usado no texto e separadas



INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES

por um traço horizontal. Espaço simples de entrelinhas e cada nota iniciando em uma linha com o respectivo número de remissão, que deverá ser em algarismo arábico. As notas de rodapé devem ser reduzidas ao máximo e servirão para identificar o autor, o vínculo profissional, endereço e auxílio recebido; servirão também para indicar informações obtidas por meio de canais informais, trabalhos não publicados, documentos de divulgação restrita ou ainda para considerações suplementares importantes;

- Citações bibliográficas: deverão aparecer no corpo do trabalho na chamada AUTOR/DATA seguindo o modelo abaixo:

BOBBIO (1991, p. 40)

- As referências bibliográficas deverão atender à padronização da ABNT (NBR-6023/1989);
- A exatidão e adequação dessas informações no texto são de responsabilidade do autor.

APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelos Conselhos Editoriais e Científico, quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e alinha editorial da Revista, preservando-se o anonimato tanto dos pareceristas, quanto dos autores. Os textos, com sugestões de alterações serão encaminhados aos autores para as devidas correções, devendo ser devolvidos no prazo máximo de um mês. Os originais, mesmo quando não aprovados para publicação não serão devolvidos. O Conselho Editorial se reserva o direito de proceder pequenas alterações de acordo com os critérios e normas da UNIJUS.



