

ISSN 1518-8280

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

Vol. 4 N° 1
Agosto/2001





Universidade de Uberaba



Ministério Público do Estado de Minas Gerais

REVISTA JURÍDICA
UNIJUS

ISSN 1518-8280

Rev. Semestral • Uberaba MG • V.4 • N.1 • Ago. 2001



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

Projeto gráfico e editoração

Alexandre Francisco da Silva Pereira

ale.pe@ig.com.br

Editor executivo

Márcio J. R. Ferreira

rissardi@uol.com.br

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.4, n. 1 (ago., de 2001)
— Uberaba: UNIUBE, 2001.
202 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.

CDD: 340.0981

REVISTA JURÍDICA
UNIJUS

Conselho Editorial

Adroaldo Junqueira Ayres Neto

Alexandre Walmott Borges

Dale Fonseca e Silva Nunes

Edmundo Lima Arruda Júnior

Gil Ferreira de Mesquita

Guido Luiz Mendonça Bilharinho

João Delfino

João Vicente Davina

José Alfredo de Oliveira Baracho

Luís Fernando Coelho

Miralda Dias Dourado

Rosemiro Pereira Leal

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

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

Editorial Cone Sul

Rua Monte Caseros, 275
05590-130 - São Paulo-SP
Tel.: (11) 3727 1458

SUMÁRIO

EDITORIAL	09
ARTIGOS	
A TEORIA DEMOCRÁTICA DE JÜRGEN HABERMAS <i>Suzana Gauer Vieira</i>	10
ANOTAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO <i>Gil Ferreira de Mesquita</i>	39
AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E O ACESSO AO JUDICIÁRIO <i>Verônica Altes Barros</i>	53
A EXCLUSÃO DE SÓCIO PELA MAIORIA DO CAPITAL SOCIAL <i>Leonardo Vítório Salge</i>	64
A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O DIREITO ECONOMICO <i>Andréa Queiroz Fabri</i>	75
A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO <i>Paulo Leonardo Vilela Cardoso</i>	92
CONSTRUÇÃO, DESTRUIÇÃO E (RE) CONSTRUÇÃO DO SENTIDO: UMA ANÁLISE DO MAL ENTENDIDO NA INTERPRETAÇÃO DE UM TEXTO LEGAL <i>Lima Beatriz de Araújo Kappel · Mirian Silveira Parreira · Ormenzinda Maria Ribeiro</i>	99
LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO CAUTELAR <i>Luciana de Oliveira Naves</i>	111
MINIMALISMO E PRINCIPIOLOGIA PENAL <i>Edihermes Marques Coelho</i>	128
MINISTÉRIO PÚBLICO <i>Carlos Alberto Rodrigues Borges</i>	141
NOSSO CRIME POLÍTICO <i>Ricardo Prata</i>	150
O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL <i>Juliana Bizinotto de Freitas</i>	158
SOBERANIA E FEDERALISMO <i>André Luis Del Negri</i>	176
RESENHAS	
ALEXY, ROBERT – TEORIA DE LOS DRECHOS FUNDAMENTALES. <i>Alexandre Walmott Borges</i>	185
BARROSO, PÉRSIO HENRIQUE – CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO. PARTICIPAÇÃO <i>Alexandre Walmott Borges</i>	191
GARAPON, ANTOINE. “O JUIZ E A DEMOCRACIA : O GUARDIÃO DAS PROMESSAS” <i>Ricardo Prata</i>	193
LIMA, MARIA ROSYNETE OLIVEIRA – DEVIDO PROCESSO LEGAL. <i>Gil Ferreira de Mesquita</i>	194
INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES	197



EDITORIAL

A tarefa de apresentar o quarto número da Revista Jurídica Unijus foi incumbência por mim aceita com grande satisfação. Contudo, ao lado deste sentimento gratificante de poder colaborar com Universidade de Uberaba, salta-me o peso da responsabilidade.

De início, torna-se dispensável apresentar a publicação, que desta feita conta com trabalhos envolvendo a mais variada temática na contribuição de professores da Uniube e profissionais de outras universidades. O motivo principal de satisfação pelo convite está aqui, ao encontrar profissionais com formações tão diversificadas, numa integração indispensável ao desenvolvimento acadêmico moderno.

A responsabilidade aumenta e preocupa de certa forma, como dissemos, porque a Unijus vem se tornando uma publicação cada vez mais esperada pela comunidade jurídica de todo o país – não mais apenas para os mineiros ou leitores do Triângulo Mineiro. Isso, é evidente, aumenta a dedicação daqueles que fazem a Unijus diariamente, num trabalho de constante aprimoramento.

A expectativa de todos, tenho certeza, estará atendida nesta nova edição.

Boa leitura.

Gil Ferreira de Mesquita
Professor da Universidade de Uberaba





A TEORIA DEMOCRÁTICA DE JÜRGEN HABERMAS

Suzana Gauer Vieira*

sumário

Considerações Iniciais

1. A Teoria Dialética e o Paradigma Comunicativo
2. Os Paradigmas Democráticos: Democracia liberal, republicana e democracia deliberativa.
3. A Desobediência Civil e o Princípio da Soberania Popular

4. Estado Democrático de Direito: Dialética entre Direitos Humanos e Soberania Popular
5. O Novo Paradigma Jurídico Procedimental e Reflexivo
6. Conclusão
7. 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 surge

* **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.

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

irracionalismo 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 compromettimentos da ciência com o processo 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 conseqüências os ideais

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

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

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 funcionalização 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, assumin-

do-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 individualizados 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 “apreensão 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 passaram pelos filósofos do idealismo alemão, especialmente Kant e Hegel, pela crítica dialética de Marx e a sociologia

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

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 contribuiu 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 fraque-

za 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 valorizar, 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.

c) Estabelecer e fortalecer instituições aptas a orientar a modernização social numa direção não ca-

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

pitalista 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 política.⁶

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, po-

lítica, 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 religiosas, 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.

⁶ _____. *Obra citada*, p. 156-157

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Obra citada*, 1997, p. 13

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 contratuálistas 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 institucio-

nalizado 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 nexo 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, principalmente 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 legitimidade 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.⁹

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 pressu-

postos 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 intérpre-

⁸ HABERMAS, J. *Obra citada*, v. 2, p. 24-25

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

tes 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 nor-

mas jurídicas.¹⁰ 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.¹¹

Portanto, os movimentos de desobediência civil representam um processo político desencadeado pela sociedade em momentos de crise, organizados con-

¹⁰ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2 p. 117

¹¹ _____. *Obra citada*, v.2, p. 118

tra 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”.¹² 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 decisões políticas ilegítimas e violentas, quase sempre revestidas com a capa da legalidade formal, lembrando a origem social do poder político e do direito. A socie-

dade, “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”.¹³

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”.¹⁴

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

¹² _____. *Obra citada*, v.2, p.129

¹³ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 117.

¹⁴ *Idem*, v. 2, p. 117

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 a 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”.¹⁵ 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.

¹⁵ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.1, p.134

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.¹⁶

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.¹⁷

O reconhecimento e garantia dos direitos subjetivos iguais a todos, a autonomia privada dos indivíduos, e das li-

berdades 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 Direitos 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-originário”.¹⁸

Desse modo, o pensador frankfurtiano introduz uma análise global e dialética dos Direitos Fundamentais, compreendendo-

¹⁶ _____. *Obra citada*, v.1, p. 134

¹⁷ _____. *Idem*, v.1, p.134

¹⁸ _____. *Obra citada*, v.1, p. 157- 158

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) ¹⁹

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.

¹⁹ _____. *Obra citada*, v.1, p.159-160

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 legitima 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”.²⁰

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.²¹

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 ga-

²⁰ _____. *Obra citada*, v.1, p.161-162

²¹ _____. *Obra citada*, v.1, p.162-163

rantir, 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”.²²

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-originários. 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 re-

duzem a importância dos direitos humanos, instrumentalizando-os “para fins de uma legislação soberana”.²³

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 sujeitos de direitos garantem a dignidade e integridade humana e estabelecem as “condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política”.²⁴

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”.²⁵

²² HABERMAS, J. *Obra citada*, v.1, p. 163-164

²³ _____. *Obra citada*, v.1, p. 164 -165

²⁴ _____. *Obra citada*, v.1, p. 165-166

²⁵ _____. *Obra citada* v.1, p. 167

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 autoria 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”.²⁶

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, presumindo 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

²⁶ _____. *Obra citada*, v.1, p. 168

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.²⁷

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”.²⁸

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.²⁹

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

²⁷ _____. *Obra citada*, v.1, p.202

²⁸ _____. *Obra citada*, v.1, p. 204

²⁹ _____. *Obra citada*, v.1, p. 207

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”.³⁰

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

ção 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 parlamentos 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”.³¹ 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 práxis 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”.³²

³⁰ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.1, p. 212-213

³¹ _____. *Obra citada*, v.1, p 213-214

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.³³

O princípio da soberania popular implica também o respeito dos governantes aos “princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração”. Os atos administrativos devem obediência ao princípio da legalidade, o que significa que

o Poder Executivo está subordinada 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”.³⁴ 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 Administração.³⁵

³² _____. *Obra citada*, v.1, p. 212, 214

³³ _____. *Obra citada*, v.1, p. 215-216

³⁴ _____. *Obra citada*, v.1, p. 212-213, 216-217

³⁵ _____. *Obra citada*, v.1, p. 217

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 as 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”.³⁶

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 detentores 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”.³⁷

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.³⁸

A legitimidade do direito não está desvinculada dos princípios de justiça,

³⁶ _____. *Obra citada*, v.1, p.213, 218

³⁷ _____. *Obra citada*, v.1, p.219-220

³⁸ _____. *Obra citada*, v.1, p.220-221

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 democráticos 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”.³⁹

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 pragmático-formais possibilitadora de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-la a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política”.⁴⁰

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 va-

³⁹ _____. *Obra citada*. v.1, p. 350-351

⁴⁰ HABERMAS, J. *Obra citada*, v. 1, p. 354

lores 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 so-

ciais, 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 reflexivo 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”.⁴¹

Habermas quer resguardar os processos comunicativos dialógicos, as relações intersubjetivas orientadas pelo entendimento cooperativo, que são a fonte

⁴¹ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 189-190

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”.⁴²

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,

⁴² HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 190

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.⁴³

O paradigma reflexivo e procedimental despede-se igualmente de uma interpretação 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”.⁴⁴

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 legi-

timidade 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 fundamentais 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 Parlamentos e a possibilidade de uma formação da opinião pública crítica na sociedade civil, por instrumentos publicitários e deformadores da

⁴³ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 189

⁴⁴ _____. *Idem*, p. 189

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 conseqüências, 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 destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político”.⁴⁵

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.⁴⁶

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:

⁴⁵ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 115

⁴⁶ _____. *Idem*, v.2, p. 115

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”.⁴⁷

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 cri-

se 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 ilimitada 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 consen-

⁴⁷ HABERMAS, J. *Obra citada*, v.2, p. 123-124

timento 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 principais contribuições da teoria da democracia deliberativa de Habermas que podem nos 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 improrrogável 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.

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



ANOTAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Gil Ferreira de Mesquita*

sumário

1. Introdução
2. Antecedentes históricos
3. A Constituição Imperial
4. Da Constituição Republicana à Emenda Constitucional nº 1 (1969)
5. O *due process of law* no direito comparado
6. Conclusão
7. Referências bibliográficas

resumo

O presente estudo foi realizado na tentativa de apresentar aos leitores alguns aspectos do devido processo legal no direito pátrio e em outros ordenamentos jurídicos, demonstrando seu desenvolvimento histórico, sua presença (ou não) em nossas Constituições, alguns importantes posicionamento doutrinários e, principalmente, o atraso constitucional brasileiro no tocante à previsão expressa da secular garantia do *due process of law*.

1 INTRODUÇÃO

O uruguaio Eduardo Couture, no final da década de 40, apontava para a união indissolúvel entre processo e Constituição. Para ele o processo seria um instrumento da tutela do direito, que somente seria realizada através das previsões constitucionais. Neste passo a Constituição pressupõe a existência do processo, como garantia de defesa da pessoa humana, sendo que os Textos Constitucionais do século XX, com algumas exceções, reconhecem a neces-

sidade de apresentarem “proclamação programática de princípio do direito processual” no conjunto dos direitos e garantias da pessoa humana (BARACHO, 1984, p. 125).

Modernamente continuam inseparáveis as normas processuais e a Constituição¹. Por este prisma, a doutrina aponta – didaticamente – a existência de um Direito Constitucional Processual e de um Direito Processual Constitucional. O primeiro, conforme aponta NERY JÚNIOR, (1999, p. 20-21), seria o “conjunto das normas de direito processual que se encontram na Constituição Federal” e

* 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.

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

o segundo seria “a reunião dos princípios para o fim de regular a denominação da jurisdição constitucional”. Para BARACHO (1984, p. 126) o Direito Processual Constitucional compreende o estudo dos instrumentos processuais garantidores do cumprimento das normas constitucionais², enquanto o Direito Constitucional Processual ocupa-se do estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições inseridas no texto constitucional. Trata-se, pois, de “uma via de duas mãos, pois se o direito processual é estruturado constitucionalmente, também mediante o processo pode-se buscar a concretização da idéia de justiça plasmada, com alto grau de abstração, na Constituição”, conforme afirma CAMBI (2001, p. 103) em excelente monografia.

No exemplo brasileiro esta discussão é relativamente nova, pois embora todas as Cartas tenham trazido uma quantidade razoável de regras processuais³ – de maneira preponderante dirigidas ao processo penal – somente com a Constituição Federal de 1988 tais garantias foram efetivamente reconhecidas por todos aqueles que operam o direito. A explicação é simples, como afirma NERY JÚNIOR (1999, p. 19): “isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o

País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política enfim”.

A maior inovação processual da atual Constituição Federal é justamente a previsão expressa do *due process of law* (devido processo legal), que para alguns autores é considerado um “super princípio”. Para outros, chega a ser confundido com o próprio Estado de Direito⁴, dada a sua excessiva abrangência, desdobrando-se em uma série de outros princípios (BASTOS, 1995, p. 209).

2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A garantia do devido processo legal tem origem na Inglaterra, através da Magna Carta (*Magna Carta Libertatum*) outorgada pelo Rei João Sem Terra (*Lackland*)⁵ no ano de 1215, contendo uma série de direitos feudais conquistados pelos barões ingleses que marcharam sobre Londres em 24 de maio de 1215, ocasião em que demonstraram todo seu descontentamento com o soberano, obtendo apoio irrestrito dos londrinos. Encontramos na obra do professor Jayme de ALTAVILA (1997, p. 147) a lição de que tal revolução ocorrera porque “habituaados à suavidade das antigas leis, baseadas nos seus costumes, os ingleses sentiam o látigo do plantageneta

2 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.

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

4 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.

5 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.

velhaco e se conjuraram numa luta sincera pelo clima de segurança e estabilidade do passado, jurando fidelidade sobre as relíquias dos seus santos”. Podemos atribuir esta revolta ao fato de que, para sustentar suas campanhas bélicas, João passou a exigir elevados tributos dos barões e estes a seu turno, passaram a “exigir periodicamente, como condição para o pagamento dos impostos, o reconhecimento formal de seus direitos” (COMPARATO, 1999, p. 59).

O encontro efetivo entre o soberano e os revoltados deu-se no dia 15 de junho, em Runnymede, ocasião em que fora apresentado aquele o documento intitulado *Articles of the Barons*, que serviria de base para a Carta Magna. Este documento trazia em sua cláusula 39⁶, por alguns chamada de “coração da Magna Carta”, a estipulação de que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir conta ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”. Embora inicialmente escrito em latim, o documento consagrou as expressões *by the lawful judgement of his equals* e, talvez a mais importante, *the law of the land*⁷.

Posteriormente, esta última expressão foi substituída por *due process of law*, conforme conhecemos modernamente, o que ocorreu somente em 1354, durante o reinado de Eduardo III, após edição de lei do Parlamento inglês, onde o atual termo é “curiosamente atribuído a um

legislador desconhecido” (CASTRO, 1989, p. 10).

Daí, as determinações daquela conquista dos barões ingleses passaram a vigorar nos ordenamentos posteriores, como nas constituições das colônias inglesas da América do Norte: Declaração dos Direitos da Virgínia (1776), Declaração de Delaware (1776), Declaração dos Direitos de Maryland (1776), Declaração dos Direitos da Carolina do Norte (1776), Declaração do Estado de Vermont (1777), Constituição de Massachussets (1780), Constituição do Estado de New Hampshire (1784) e outras.

Somente para ilustrar, vejamos o teor da carta de Massachussets, de 25 de outubro de 1780, que em sua parte primeira, inciso XII preceituava: “nenhum cidadão poderá ser preso, confinado, despojado ou privado de seus bens, imunidades, privilégios, fora da proteção da lei, exilado, ou privado de sua vida, liberdade, ou de seu patrimônio, exceto por julgamento de seus pares, ou pela lei da terra”.

Não obstante a consagração trazida no ordenamento colonial, a Declaração de Independência dos Estados Unidos não previu o princípio já firmado naquelas declarações estaduais, limitando-se a “proclamar o princípio de que todos os homens são iguais por criação e dotados de direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (GRINOVER, 1973, p. 27). Também a Convenção de Filadélfia, aprovando a Constituição Americana (1787), não contemplou a proteção aos direitos individuais.

6 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”.

7 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).

Por iniciativa de Thomas Jefferson, Madison e Mason, foi submetido ao Congresso Nacional o conjunto das primeiras Emendas, num total de dez, chamado de *Bill of Rights*, que foram incorporadas à Constituição em abril de 1791. Fez-se constatar na Emenda nº 5 o princípio do devido processo legal, nos seguintes termos:

“Ninguém será obrigado a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal, nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal. Nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização”.

Também a Emenda nº 14, ratificada pelos legislativos estaduais em 1868, trouxe estipulação referente àquele princípio, tendo, em síntese, a redação: “nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

Por estas modificações trazidas à Constituição dos Estados Unidos, o instituto do *due process of law* “foi ampliado para proteger o povo, em relação também às leis e constituições estaduais, já que nos Estados Unidos, onde o princípio federalista – e descentralizador – é muito forte, os Estados têm competência para legislar sobre o direito material (substantivo) e processual (adjetivo), na correta classificação de Bentham” (SILVEIRA, 1997, p. 27).

A lição de Carlos Roberto Siqueira CASTRO (1989, p. 11) aponta a grande responsabilidade que tiveram os Estados Unidos em influenciar a adoção de tal princípio por outros ordenamentos, porque “através do fenômeno da recepção, o direito norte-americano foi o herdeiro direto dessa garantia constitucional, tendo tido o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inexcedível criatividade”.

Já no direito brasileiro, a inclusão definitiva e expressa da garantia do *due process of law* veio somente com a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, LIV prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo esta ordem complementada pelo inciso LV do mesmo artigo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Daí, vê-se que o Brasil, com um atraso secular – e somente na sua oitava Constituição – trouxe finalmente a seu ordenamento jurídico este princípio conquistado pelos barões ingleses em 1215, do qual derivam para o processo civil, penal e administrativo uma série de outras garantias.

Contudo, embora de maneira não expressa, as Cartas Constitucionais brasileiras trouxeram estipulações que garantiram aos cidadãos alguns direitos que influenciaram grandes debates jurídicos entre aqueles que desacreditavam completamente na presença da garantia em nosso ordenamento e os que pretendiam enxergá-la onde fosse possível. Passaremos a comentar esta ausência sentida, principalmente quanto à Constituição de 1824, a primeira a omitir-se.

3 A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL⁸

O pensamento liberal do final do século XVIII e início do século XIX produziu uma natural influência no Brasil, mesmo durante a regência de D. João. Com a volta da família real para Portugal, ficando o Brasil sob a regência de D. Pedro I, surge um movimento com o intuito primeiro de dar ao país a sua primeira Constituição.

Isso é evidente quando a convocação da Assembléia Constituinte dá-se antes mesmo da proclamação da independência, vindo a instalar-se em 3 de maio de 1823 sob a presidência de D. José Caetano da Silva Coutinho, tendo discursado na sessão de abertura o Imperador.

Por não conseguir resultado satisfatório em seus trabalhos, a Constituinte foi dissolvida em 6 de novembro de 1823 e a incumbência de elaborar um novo projeto para a lei maior foi entregue ao Conselho de Estado, órgão formado por dez membros. Na verdade, esse grupo não elaborou efetivamente outro projeto, apenas incidiu seus esforços para aprimorar o que fora apresentado pelo Imperador, que esteve presente em várias reuniões do Conselho, participando diretamente dos debates.

Terminada a elaboração do projeto – em menos de um mês – a primeira Carta Constitucional deveria passar pelo crivo das câmaras municipais, então o mais importante órgão de representatividade dos governados. Essa “consulta às bases” deu-se principalmente em virtude da preocupação sempre presente do Im-

perador em manter sua imagem de liberal e a necessidade de apagar da memória dos brasileiros a impressão deixada pela violência contra a Constituinte recentemente dissolvida.

Após encaminhar o projeto às câmaras, elas manifestaram seu desejo de outorga imediata da Constituição, o que foi prontamente atendido por D. Pedro I, que a jurava em 25 de março de 1824. Sobre o célere procedimento escrevem Paulo BONAVIDES e Paes de ANDRADE (1988, p. 80): “tudo terminou como D. Pedro I queria: uma Constituição outorgada; liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional”.

O comentário tem sua explicação porque a Constituição de 1824 trouxe, além dos três poderes políticos idealizados por Montesquieu (legislativo, executivo e judiciário), um quarto poder, denominado Poder Moderador, consubstanciado no art. 98: “o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”. Curiosos os atributos da figura imperial contidos no artigo seguinte: “a pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. Outro exemplo interessante refere-se ao processo legislativo (art. 64), quando o Imperador não aprovasse determinado projeto de lei. Na hipótese, responderia à Câmara dos Deputados que de-

⁸ Os dispositivos Constitucionais aparecem neste trabalho em suas redações originais.

seja meditar sobre o assunto, devendo aquela casa legislativa responder: “louvava a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação”.

No entanto, a Constituição Imperial é considerada, por alguns autores, a mais liberal de todas as cartas políticas brasileiras. Celso BASTOS (1995, p. 50), inclusive, leciona que “a Constituição outorgada em 1824, embora sem deixar de trazer consigo características que hoje não seriam aceitas como democráticas, era marcada, sem dúvida, por um grande liberalismo que se retratava, sobretudo, no rol dos direitos individuais que era praticamente o que havia de mais moderno na época”.

Assim, sendo a Constituição Imperial uma legítima propagadora dos ideais liberais que reinavam à época, nada mais lógico que muitos desses direitos individuais tivessem como espelho a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, declarada e reconhecida pela Assembleia Nacional francesa em 1789. O mestre Pimenta Bueno, citado por CRETELLA JÚNIOR (1995, p. 31), chegou a declarar que “nosso direito público positivo é a sábia Constituição Política, que rege o Império; cada um de seus belos artigos é um complexo resumido dos mais luminosos princípios do direito público filosófico, ou racional”.

Para José CRETELLA JÚNIOR (1995, p. 31-32), sob a influência inquestionável do jurista e pensador francês Benjamim Constant, a Carta Imperial pode ser considerada um hino à liberdade, principalmente pelos seguintes aspectos: assegurou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos do brasileiro; evidenciou o princípio da legalidade; firmou o princípio da irretroatividade da lei;

aboluiu privilégios que não fossem essenciais e inteiramente ligados aos cargos por utilidade pública; outorgou plena liberdade de consciência, crença e culto; ordenou que ninguém seria perseguido por motivo de religião, desde que esta não ofendesse a moral pública e fosse respeitada a religião oficial do Estado; aboliu os açoites, a tortura, proibiu a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, dentre outros avanços.

No que toca ao *due process of law*, a modernidade destacada por Celso Bastos não pode ser aceita, nem tampouco a observação da maioria dos constitucionalistas de que a base para a Carta Imperial tivesse sido a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Afirmamos assim porque é imperdoável a omissão da Carta de 1824 em relação àquele princípio do devido processo legal, já que em outros ordenamentos, bem mais antigos, já havia a previsão. É certo que a própria Constituição Americana de 1787 também omitiu-se, mas o equívoco foi reparado com a edição do festejado *Bill of Rights* (1791), a que fizemos referência anteriormente.

A própria declaração da França ordenava em seu art. 7º que “nenhum homem pode ser acusado, encarcerado nem detido a não ser nos casos determinados pela lei e consoante as formas por ela prescritas”, numa clara referência ao direito conquistado pelos ingleses nos campos dominados pela tirania.

A Constituição Política do Império, sob a rubrica de “Garantias dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, fez constar do artigo 179 a quantidade louvável de trinta e cinco incisos prevendo direitos individuais. Além dos já citados quando do comentário de

Cretella Júnior, alguns foram ditados como verdadeiras garantias de um ilusório devido processo penal, como comenta o magistrado Paulo Fernando SILVEIRA (1997, p. 28): “não há registro histórico no sentido de que, ao tempo da Constituição imperial outorgada por D. Pedro I, em 1824, haja o direito brasileiro tomado conhecimento do instituto do devido processo legal, senão vaga, nebulosa e, imprecisamente, na área criminal procedimental”.

São exemplos desta afirmação: ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei (inciso VIII); ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei a admite (inciso IX); à exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima (inciso X) e; ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita (inciso XI). Esta larga previsão merece o comentário de Ada Pellegrini GRINOVER (1973, p. 128), para quem, “em matéria penal, substancial ou processual, as Constituições brasileiras sempre foram ricas em garantias, vedando penas e protegendo a liberdade física, expedindo normas sobre a prisão legal, erigindo em princípio constitucional a incomunicabilidade da pena, assegurando a integridade física e moral do preso, garantindo o contraditório e o direito de ampla defesa”.

Evidente, pois, que a garantia do *due process of law* – expressamente – não figurou no texto imperial. A doutrina, no entanto, dedicou-se para encontrá-la no extenso rol de garantias, naturalmente

direcionadas à esfera penal. Paulino JACQUES (1958, p. 369), por exemplo, chegou a afirmar que o art. 179, item 11, consagrava o devido processo legal, ordenando que “ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescrita”.

4

DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA À EMENDA Nº 1 (1969)

É indiscutível que nenhuma das Constituições brasileiras anteriores à de 1988 trouxe a garantia do devido processo legal, de maneira expressa. Parece também indiscutível para a doutrina que as previsões trazidas nos textos magnos fazem referência às ações tipicamente penais e pode-se considerar assim apenas pela leitura dos dispositivos constitucionais.

Inseparável de nossa discussão o magistério de JACQUES (1958, p. 369), entendendo que as Constituições de 1891 e 1937 traziam de maneira implícita a cláusula da “legalidade do processo”, como prefere tratar o *due process*. A Carta Republicana, para ele, incluía a garantia no art. 72, § 15: “ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada”. Já a Carta de 1937 incluiu a garantia no preceito da irretroatividade da lei penal (art. 122, item 13): “não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores (...)”.

Sem embargo dos posicionamentos contrários, alguns autores firmaram en-

tendimento de que, tendo todas as Constituições brasileiras, com exceção da Imperial⁹, consagrado a possibilidade de aplicação de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ocorreu nestas Cartas a adoção pelo direito constitucional brasileiro da cláusula do *due process of law*, já que a enumeração dos direitos e garantias do Texto Constitucional autorizava sua aplicação em todos os contextos jurídicos, sociais e políticos.

Carlos Alberto Bittencourt (LIMA, 1999, p. 166), na vigência da Constituição de 1946, defendia que “sendo o nosso regime com base precipuamente no americano, é manifesto que todas aquelas garantias que o direito constitucional dos Estados Unidos reconhece aos cidadãos americanos se incluem, também, *ex vi* do art. 144 da nossa Constituição¹⁰, entre os que assistem, necessariamente, aos cidadãos brasileiros. Esta conclusão é tanto mais importante quanto é certo que, em virtude dela, deverá ter plena aplicação entre nós a cláusula do *due process of law*, que o legislador constituinte não enumerou expressamente”. Já Pinto FERREIRA (1983, p. 571), adotando a chamada “técnica constitucional do liberalismo político”, defende que a garantia do devido processo legal estaria inserta – por derivação lógica e em linhas amplas – no mandamento do art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, que ditava: “a lei não poderá excluir da apre-

ciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Sob a égide da Constituição de 1967, José Frederico Marques (LIMA, 1999, p. 167) proclamava que “no direito pátrio, está implícita entre as garantias constitucionais, a do chamado *due process of law* em face do que diz o art. 150, § 35, da Constituição do Brasil de 1967¹¹ (...)”. Em outro estudo, o próprio Frederico MARQUES (1976, p. 372) entendia que o art. 153, § 4º da Emenda Constitucional nº 1, de 1969¹², consagrava o devido processo legal ao mesmo instante em que garantia aos cidadãos o direito ao processo, ou seja, o exercício pleno da tutela jurisdicional na solução das lides. Afirmava que “o direito de pedir a intervenção do Judiciário consiste, pois, em direito ao devido processo legal” com suas implicações essenciais: direito de ação em paridade com o direito de defesa, a garantia do contraditório e a imparcialidade do juiz.

Parece, todavia, que a imagem marcante do devido processo legal nas Constituições que antecederam o Texto de 1988 foi a de uma garantia que, na hipótese de ser reconhecida pelos estudiosos do direito, era aplicada apenas ao processo penal. Válido o exemplo da Professora Ada Pellegrini GRINOVER (1973, p. 129), de que a antiga Corte Suprema – em Agravo de Petição no ano de 1936 – a propósito da arguição de inconstitucionalidade de norma processual civil, em face do art. 113, item 24¹³,

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

10 “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

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

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

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

da Constituição de 1934, entendeu que o referido preceito, a par dos incisos 21 e 31, consagrava garantias a réus somente no âmbito das ações penais. Natural, pois, reconhecermos que as Constituições brasileiras cuidaram diligentemente das garantias individuais na esfera do processo penal, o que não ocorreu no âmbito processual civil.

5

O DUE PROCESS OF LAW NO DIREITO COMPARADO.

A comparação entre sistemas jurídicos tem sido utilizada pelos juristas há alguns séculos. Embora o surgimento oficial do direito comparado para a comunidade jurídica internacional tenha ocorrido no primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado – realizado em Paris em 1900 – não podemos considerar tal data como seu marco inicial. Conta René DAVID (1978, p. 25) que “a comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do direito”. Segundo o francês, Aristóteles estudou 158 constituições que regeram cidades gregas ou bárbaras para escrever seu tratado sobre a Política; que a lei das XII Tábuas não foi concebida senão após um estudo comparado realizados nas cidades da Grande Grécia; e Montesquieu, na tentativa de penetrar no espírito das leis e alinhavar princípios para um sistema de governo ideal, não fez outra coisa senão esforçar-se pela comparação.

O direito brasileiro, contudo, não se utilizou deste consagrado método para trazer ao ordenamento pátrio a garantia do devido processo legal no tempo em que devia. É indiscutível que a atual Constituição Federal (art. 5º, LIV) inovou em relação aos textos anteriores, trazendo expressamente tal garantia destinada ao processo civil, penal e administrativo, havendo litigantes ou acusado. Esta previsão inédita desdobra-se em outras garantias específicas, que não são objeto deste trabalho, mas que merecem ser verificadas na melhor doutrina¹⁴.

Porém, o que pretendemos evidenciar neste tópico – além dos aspectos gerais do devido processo legal – é a afirmação histórica do atraso constitucional brasileiro em relação a outros Estados, porque já afirmamos alhures o vazio cronológico que há entre a origem inglesa do *due process of law*, a sua previsão no direito norte-americano e a Constituição brasileira de 1988.

Na Alemanha, conforme aponta LIMA (1999, p. 47-48) a Lei Fundamental de Bonn, datada de 23 de maio de 1949, contém “garantias rígidas e explícitas contra a ingerência do Estado nos direitos fundamentais, entre as quais destacamos uma norma equivalente ao conteúdo do devido processo legal, em sua feição procedimental”: o *fairen Verfahren*, ou o direito a um processo honesto ou justo, fundamentado no princípio do Estado de Direito¹⁵. Em outras palavras, o *fairen Verfahren* é a exata correspondência do direito alemão ao devido processo legal norte-americano, em âmbito processual.

14 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.

15 “Capítulo 20 - (1) La República Federal Alemana es un Estado Federal democrático y social. (2) Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercera en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción. (3) El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. (4) Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia.”

É bom salientar, ainda, que o direito alemão sofreu influência negativa do nazismo na primeira metade do século, o que não impediu que fossem criados eficazes instrumentos garantidores dos direitos fundamentais em face da atuação autoritária dos poderes estatais.

No direito espanhol o trabalho da doutrina consiste em interpretar o art. 24 da Constituição, datada de 1978 e retirar de suas disposições a garantia do devido processo legal. Dita o artigo: “1) *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.* 2) *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.* (...)”.

Como pode ser visto, tal dispositivo vem dividido em dois itens: para o primeiro item a interpretação da doutrina é no sentido de que sua redação faz referência ao direito à jurisdição (direito de ação), sendo um “direito de acesso” não compreendido no devido processo legal. Já no segundo item estaria a previsão da garantia, pelos espanhóis chamada de *proceso debido*. Comenta ESPARZA LEIBAR (1995, p. 166): “*donde encajaría propiamente el proceso debido, en cualquiera de sus acepciones, es en el art. 24.2 que, y siempre a decir de la doctrina mayoritaria, recoge las garantías que, ya dentro del proceso, aseguran com*

su cumplimiento el carácter de debido del proceso al que se apliquen”. Para o autor, o conteúdo do processo devido é constituído pelas seguintes prerrogativas: direito ao juiz ordinário, à assistência de advogado, de ser informado da acusação formulada, direito a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, direito a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, direito a não declarar contra si mesmo e a não confessar-se culpado, e direito à presunção de inocência.

Na Constituição da Argentina – datada de 1853 – encontramos diversos dispositivos que, segundo seus doutrinadores, passaram a integrar o chamado *devido proceso legal* desde aquele século, como pode ser observado em seu artigo 18: “*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.* (...)”.

A este respeito, baseada nos ensinamentos de Juan Francisco Linares e Augusto Mario Morello, leciona Maria Rosynete Oliveira LIMA (1999, p. 57): “o dispositivo retrocitado é tido como baluarte da liberdade do indivíduo devido ao seu amplo conteúdo – exigência de processo prévio, reserva legal, anterioridade, juiz natural, ampla defesa e outros – os quais são considerados como nuances da garantia em foco”.

A Constituição do Panamá, datada de 1904, previa em seu artigo 22, § 1º, que “nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por los jueces o tribunales competentes, en virtud de las leyes anteriores al delito cometido y en la forma que éstas establezcan”. Esta redação sofreu pequenas alterações estruturais nos Textos posteriores (1941, 1946, 1972 e 1983). Até a década de 70 o devido processo legal no direito panamenho era destinado apenas ao processo penal¹⁶, uma vez que o próprio texto da Constituição falava em delito. Neste passo, a garantia consistia em “un derecho fundamental del sujeto, según el que nadie será sancionado penalmente si previamente no se declara su responsabilidad penal en un juicio seguido de acuerdo con las formalidades previstas en la ley y con pleno respeto de los derechos que en el ordenamiento se consagran en favor de tal persona”, conforme afirma MUÑOZ POPE (1999, p. 17-18).

Modernamente, conforme aponta Arturo HOYOS (1987, p. 64), o debido proceso legal é assegurado aos litigantes em processos cíveis, criminais, trabalhistas, etc., nas seguintes dimensões: oportunidades razoáveis de serem ouvidas por um juízo competente, previamente estabelecido em lei, independente e imparcial; de manifestarem a respeito das pretensões e manifestações da parte contrária; de produzir provas lícitas relacionadas com o objeto do processo e de contradizer as produzidas pelo adversário; e

fazer uso dos meios de impugnação previstos em lei contra decisões judiciais. Em verdade, trata o autor daquilo que podemos chamar de “desdobramentos do devido processo legal”, o que ocorre através dos princípios do juiz natural, contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição, já consagrados entre nós. O próprio MUÑOZ POPE (1999, p. 20), autor dedicado ao tema sobretudo no campo processual penal, destaca que em nenhum caso o Estado pode prescindir do processo para impor uma determinada sanção penal ou de outra natureza, “ya que el derecho tiene la virtualidad de extender-se a toda la actividad jurisdiccional, sin importar la clase de proceso, pues es aplicable a todos los sectores del ordenamiento jurídico pátrio”.

No México, a Constituição Federal de 1857¹⁷ previa em seu artigo 14, parágrafo segundo: “nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Este dispositivo, segundo BURGOA (2000, p. 524), consagra a garantia de exata aplicação da lei, posteriormente interpretada pela doutrina e pela Suprema Corte de Justiça como garantia de audiência¹⁸. Segundo o professor, o art. 14 da CF desdobra-se em quatro garantias

16 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.

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

18 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.

específicas de segurança jurídica: que o processo seja iniciado antes do ato de privação do direito; que tal processo tramite por tribunais previamente estabelecidos; que para o mesmo sejam observadas as formalidades essenciais do procedimento; e que a sentença seja ditada conforme as leis existentes, com atenção ao fato ou circunstância que houver dado motivo ao processo.

Ainda para BURGOA (2000, p. 524), a garantia de audiência é uma das mais importantes dentro de qualquer ordenamento jurídico, sendo a principal defesa de que dispõe todo governado frente aos atos do Poder Público que tendam a privá-lo de seus mais caros direitos e seus mais preciosos interesses. Conclui o mexicano (2000, p. 537) que “el tenor de esta disposición constitucional, concebida en sus propios términos en el Proyecto de Constitución elaborado por don Venustiano Carranza y que fueron aprobados sin discusión en el Congreso de Querétaro, corresponde a la fórmula norteamericana del ‘debido proceso legal’, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos”.

Na Guatemala, a Constituição que entrou em vigor no dia 14 de janeiro de 1986 previu, em seu artigo 12, o “direito de defesa”. Na verdade, trata-se de um conjunto de garantias à pessoa – contraditório, juiz natural e ampla defesa – que vêm a formar o devido processo legal nos termos consagrados mundialmente. Vejamos: “*la defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.*”

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

A Nicarágua promulgou sua Constituição aos 19 de novembro de 1986 e fez constar expressamente, de modo pioneiro em relação ao Brasil, o princípio do devido processo legal, conforme redação do artigo 33: “*nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con un arreglo a un procedimiento legal*”. Obviamente, trata-se de disposição inerente aos processos penais. Entretanto, o artigo seguinte amplia a proteção do art. 33, ao prescrever que todo processado tem direito, em igualdade de condições: à presunção de inocência, a um processo sem dilações presidido por tribunal estabelecido em lei, direito a recurso, à defesa ampla e adequada desde o início do processo, a uma sentença fundamentada nos termos da lei, etc. Já a Constituição do Uruguai de 1934, previa em seu artigo 12 que “*nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal*”.

Vê-se, pois, que o Brasil não conseguiu trazer à sua Constituição, senão em 1988, aquela garantia que em outros países já havia sido consagrada. Talvez, porque as Cartas Constitucionais brasileiras tenham sido concebidas em períodos de turbulência político-social, impedindo que o legislador constituinte tivesse pensamento voltado aos direitos e garantias individuais. É bom lembrar que a Carta Política de 1988 foi elaborada em bases democráticas, com representação real do povo. Aliás, os regimes autoritários que vigoraram no Brasil sempre ge-

raram momentos de instabilidade jurídica, impedindo que as Constituições fossem respeitadas ou até mesmo aplicadas efetivamente, seja no tocante àquelas garantias individuais, seja no âmbito processual de maneira geral.

6 CONCLUSÃO

Diante das considerações apresentadas, podemos concluir:

I – A Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, no ano de 1215, na Inglaterra, constitui o mais importante documento da história dos direitos humanos, por conter inéditos direitos concedidos por um rei aos seus súditos, constituindo-se no maior modelo para as declarações de direito que lhe sucederam.

II – As Constituições brasileiras – anteriores à promulgada em 1988 – sempre consagraram o devido processo legal no rol dos direitos e garantias individuais. Contudo, sendo de amplitude limitada, caracterizava-se somente como um “devido processo penal procedimental”;

III – A partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) até Emenda Constitucional nº 1 (1969), a previsão de que a enumeração dos direitos e garantias do texto da Constituição não era taxativa, mas exemplificativa, autorizando a sua aplicação em todos os contextos jurídico-políticos, fez com que a mais autorizada doutrina defendesse a adoção evidente da garantia do *due process of law* pelo ordenamento constitucional brasileiro.

IV – Com a Constituição de 1988, o Brasil inaugurou nova fase em seu ordenamento constitucional, posto que prevista pela primeira vez expressamente a garantia do devido processo legal, estendida aos litigantes dos processos civil, penal e administrativo, desaparecendo o atraso por vezes secular em relação a outras nações¹⁹.

V – Seja no Brasil, seja no exterior, o devido processo legal manifesta-se como mecanismo eficaz ao estabelecimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, impedindo que os direitos fundamentais do cidadão sejam afetados pelo poder público²⁰.

referências bibliográficas

- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Documentação e informação. **Direitos humanos**. 2.ed. Brasília, 1996.
- _____. Senado Federal. Secretaria de Documentação e informação. **Direitos humanos: declarações de direitos e garantias**. 2. ed. Brasília, 1996.

¹⁹ 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.

²⁰ 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).

- BURGOA, Ignacio. **Las garantías individuales**. México: Porrúa, 2000.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton. **Constituições do Brasil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1995.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki. **El principio del proceso debido**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.
- FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a natureza processual da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 87, p. 175-185, jul./set., 1997.
- HOYOS, Arturo. La garantía constitucional del debido proceso legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 47, p. 43-91, out./dez., 1987.
- JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v.1.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. **Proceso debido y justicia penal**. Panamá: Panamá Viejo, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal: due process of law**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.



AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA E O ACESSO AO JUDICIÁRIO

Veronica Altef Barros*

sumário

1. Introdução.
2. Das comissões de conciliação prévia – Lei 9.958/00
 - 2.1. Da sua constituição
 - 2.2. Do procedimento
3. Do acesso ao Poder Judiciário
 - 3.1. Do princípio da separação dos Poderes e a função jurisdicional
 - 3.2. Do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional
 - 3.3. Da jurisdição
 - 3.4. Da ação
 - 3.4.1. Das condições da ação
4. Conclusão
5. Referências bibliográficas

resumo

Em 12 de janeiro de 2000, a Lei 9.958/00 criou as comissões de conciliação prévia como forma extrajudicial de solução dos conflitos individuais de trabalho, propondo, no seu bojo, a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, quando da sua instituição nas empresas ou sindicatos, previamente à propositura da demanda trabalhista. Diante de tal determinação legal, alguns juristas ainda divergem sobre a constitucionalidade da lei, alegando sua incompatibilidade com o princípio da inafastabilidade jurisdicional. Assim, observa-se a necessidade de analisar a aplicação do preceito constitucional e seus limites, bem como a adequação da Lei 9.958/00 e sua finalidade frente ao momento de busca de meios alternativos de solução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

As comissões de conciliação prévia foram criadas com a finalidade de solucionar extrajudicialmente os conflitos individuais de trabalho, as quais poderão ser instituídas tanto nas empresas como nos sindicatos, neste último caso as normas de constituição e funcionamento serão estabelecidas em negociação coletiva. Já quanto àquelas instituídas nas empresas, a Lei 9.958/00 dispõe sobre o

seu procedimento. Assim o empregado deverá apresentar a demanda à comissão, que marcará sessão de tentativa de conciliação em dez dias.

Entretanto, caso não haja conciliação, deverá ser elaborada uma declaração constando a tentativa de conciliação frustrada com a descrição do seu objeto, a fim de que possa ser juntada à eventual reclamação trabalhista (§ 2º, art. 625-D). Havendo impossibilidade da tentativa de conciliação, em tais comissões, por motivos relevantes, estes deverão ser

* Veronica Altef 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.

apresentados na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. (§ 3º, art. 625-D).

Dentro de uma interpretação literal, observa-se que a lei tem como obrigatória a tentativa prévia de conciliação. E em razão daqueles dispositivos, os juristas vêm divergindo quanto à constitucionalidade dos mesmos.

Aqueles que os consideram inconstitucionais, argumentam que os parágrafos mencionados infringem o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação e, por conseguinte, o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que o legislador não pode afastar do Poder Judiciário qualquer apreciação de lesão ou ameaça de direito, bem como significaria um obstáculo ao acesso ao Judiciário para os indivíduos.

Aqueles que advogam pela sua constitucionalidade, entendem que a tentativa de conciliação prévia nas comissões trata-se de uma forma de configuração do interesse de agir como condição da ação individual trabalhista, uma vez que o empregado não estará impedido de exercer seu direito de ação no caso de frustrada a conciliação.

Assim, nota-se a necessidade de analisar o princípio constitucional do direito de ação e os limites estabelecidos na legislação infraconstitucional como condição para seu exercício, pois, caso a tentativa de conciliação prévia nas comissões for considerada como condição da ação, e caso não seja observada, ter-se-á, por conseguinte, a extinção de ações individuais de trabalho sem julgamento do mérito. Em contrapartida, caso sejam consideradas inconstitucionais, sua aplicação poderá

ser inutilizada, desconsiderando um meio alternativo de solução dos conflitos trabalhistas.

2

DAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA – LEI 9.958/00.

2.1. Da sua constituição.

Em 13 de janeiro de 2000, foi publicada a Lei 9.958 que altera e acrescenta artigos à CLT, os quais dispõem sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitem a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho.

As Comissões de Conciliação Prévia têm como idéia básica o incentivo à solução extrajudicial mediante conciliação dos conflitos individuais de trabalho, a fim de diminuir as reclamações trabalhistas, bem como aproximar a solução de tais conflitos da realidade tanto do empregador como do empregado, uma vez que serão as próprias partes que a promoverão, auxiliadas pelos conciliadores representantes de cada uma delas.

A Lei 9.958/00 dispõe que tais comissões são facultativas, e poderão ser constituídas tanto por empresas ou grupo de empresas, independentemente do número de empregados, como pelos sindicatos. Alguns juristas vêm fazendo uma interpretação extensiva quanto ao local de instituição, em que aquelas também poderão ser instituídas por federações e confederações, uma vez que não haveria inviabilidade de seu objetivo (ALMEIDA, 2000, p. 224).

A constituição das Comissões de Conciliação criadas por empresas ou grupos de empresas está regulada na pró-

pria lei. Elas compõem-se de 2 a 10 membros, havendo tantos suplentes quantos forem os titulares, devendo ser observada a paridade de representação entre empregados e empregadores.

Os representantes dos empregados serão escolhidos em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional. Já os representantes do empregador serão indicados livremente.

Todos os integrantes da comissão, quer representantes dos empregados quer dos empregadores, contam com mandato de um ano, permitida apenas uma recondução, gozando de estabilidade os representantes dos empregados, sejam titulares ou suplentes, até um ano após o término do mandato. Em relação a tal estabilidade provisória pode-se fazer uma analogia com os dirigentes sindicais ou integrantes da CIPA, em que o termo inicial da garantia será a partir do registro da candidatura.

No que diz respeito às comissões constituídas no âmbito do sindicato, estas deverão observar as normas estabelecidas em instrumento de negociação coletiva, cabendo esta definir sua constituição e funcionamento.

2.2. Do procedimento.

Compete às comissões, a tentativa de solução de conflitos individuais de trabalho, uma vez que para os conflitos coletivos já se prevê a tentativa prévia de negociação coletiva, com participação obrigatória dos sindicatos, anterior ao dissídio coletivo, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 114 da Constituição Federal.

A comissão poderá ser provocada por petição do trabalhador ou termo re-

digido por um de seus membros. Não há necessidade de apresentação de documentos ou indicação de testemunhas, pois não se prevê como fase obrigatória a instrução. (art. 625-D, § 1º)

Distribuídas as cópias aos interessados, a comissão designará sessão, a ser realizada no prazo máximo de dez dias da data da provocação, para tentativa de conciliação (art. 625-F). Na sessão designada, haverá a tentativa de conciliação entre as partes, auxiliadas pelo conciliador. Celebrado acordo, lavra-se um termo, assinando as partes e os conciliadores (art. 625-E, parágrafo único), no qual devem constar, de forma clara e precisa, as parcelas e/ou direitos objeto da conciliação, os valores pagos ao trabalhador e o registro das pretensões a respeito das quais a composição não foi possível, visto que a lei não impõe que seja necessariamente total a conciliação, admitindo-se a negociação parcial do objeto do conflito. Porém, ressalta-se que o constante do termo de conciliação tem eficácia liberatória, afastando outras pretensões. Assim, as ressalvas existentes devem ser claramente mencionadas naquele.

O termo de conciliação vale como título executivo, de caráter extrajudicial, permitindo, por consequência, imediato ajuizamento de ação de execução, caso os valores acordados não sejam pagos nas datas estipuladas.

Não sendo alcançada a conciliação, será fornecida ao trabalhador e à empresa “declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição do seu objeto”, a fim de comprovar a negociação diante de uma eventual reclamação trabalhista (art. 625-D, § 2º).

Diante desta norma constante do § 2º do art. 625-D, bem como do § 3º do

mesmo artigo, que dispõe sobre a necessidade de declarar na petição inicial da reclamação trabalhista, os motivos relevantes que impossibilitaram a tentativa de conciliação perante as comissões, pode-se concluir, com base numa interpretação literal, que a Lei 9.958/00 criou um procedimento prévio para o ajuizamento das ações trabalhistas, o quê, em princípio, não estaria em desacordo com o princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional?

3 DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

3.1. Do princípio da separação dos Poderes e a função jurisdicional.

O art. 1º da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de Direito. Vale dizer que o Estado de Direito é o que se subordina ao Direito, ou seja, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação. No entanto, para que seja efetiva a vinculação do Estado à lei, exige-se que, dentro dele, uma mesma autoridade não seja incumbida de fazer a lei e de, ao mesmo tempo, aplicá-la. Assim, as funções de fazer as leis, aplicá-las e resolver os conflitos, devem pertencer a autoridades distintas e independentes, o quê se denomina separação de Poderes (SUNDFELD, 1993, p. 37-38).

A separação de Poderes consiste na divisão do exercício do poder político entre órgãos distintos, aos quais dá-se o nome de poder: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, e que irão se controlar mutuamente, porém com independência, ou seja, nenhum dos

poderes do Estado poderá interferir nas atribuições previstas para o outro. Cada Poder exerce uma espécie de função. Ao legislativo cabe a função legislativa, correspondente à edição de normas gerais e abstratas (as leis), seja para regular os demais atos estatais, seja para regular a vida dos cidadãos. Ao Executivo cabe a função administrativa, isto é, a atividade de, em aplicação da lei anteriormente editada, cobrar tributos, prestar serviços, ordenar a vida privada. Ao Judiciário cabe a função jurisdicional: julga, sob provocação do interessado, os conflitos entre indivíduos, ou entre indivíduos e o Estado (SUNDFELD, 1993, p. 42).

Assim, ao lado da função de legislar e administrar, o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, foi absorvendo o papel de dirimir as controvérsias que surgiam quando da aplicação da lei, ou seja, aquele substitui os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito, que os envolve, com justiça (CINTRA, *et. al.*, 1998, p. 127).

Portanto, à função jurisdicional cabe o papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que seu cumprimento se dê com resistência e o lesado comparece diante do Poder Judiciário, o qual, tomando conhecimento da controvérsia, irá ditar o direito aplicável ao caso concreto (BASTOS, 1989, p. 170).

A Constituição brasileira, dentre os direitos e garantias individuais e coletivos, inscreve o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

3.2. Do princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Desde a Constituição de 1891 o Brasil se filiou à separação de Poderes, de maneira desenganada. E, como já mencionado, este sistema constitucional mostra-se como um dos sustentáculos do Estado de Direito (FERREIRA, 1997, p. 170). Desta forma, firmaram-se duas idéias:

“Uma é a de que toda lesão de direito, toda controvérsia, portanto, poderia ser levada ao Poder Judiciário e este teria de conhecê-la, respeitada a forma adequada de acesso a ele disposta pelas leis processuais civis.

A outra é a de que toda jurisdição, o que significa dizer, toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica, só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário. Não haveria jurisdição fora deste, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo” (FERREIRA, 1997, p. 532).

Entretanto, durante o Estado Novo de 1937, francamente ditatorial, passou-se a excluir da apreciação do Judiciário atos emanados do Chefe de Estado e dos seus auxiliares diretos, sendo frequentes os decretos-lei que colocavam direitos individuais ao desamparo da Justiça” (MALUF, 1980, p. 401).

Assim, a Constituição de 1946, querendo refrear o descaminho, inseriu tal princípio em seu texto com redação quase idêntica à atual: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Tanto a redação de 1946, 1967, e atual de 1988, dirigem a regra ao Legislativo: *a lei não poderá excluir (...)* Sahid MALUF (1980, p. 401) em comentário à Constituição de 1967 considera “inconstitucionais quaisquer preceitos legais

que, direta e indiretamente, impedirem a cognição pelo Judiciário de assuntos que envolvam direitos individuais decorrentes do ordenamento jurídico constitucional. Em tais casos, não poderá haver decisão preclusiva em processos administrativos, pois os interessados têm sempre, em qualquer hipótese, direito de levar o pronunciamento administrativo à apreciação do Judiciário. (...) Tal regra é fundamental no sistema republicano democrático, e, conseqüentemente, intocável para o poder reformador e para a própria função constituinte secundária. Sua supressão, sem dúvida, solapa uma das bases da República democrática.”

Wolgran FERREIRA (1997, p. 533), posiciona-se no mesmo sentido: “(...) lei alguma poderá auto excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação. Trata-se de fundamento democrático o contido neste parágrafo. É a independência dos Poderes quem aconselha a sua expressão.”

Portanto, conforme os constitucionalistas, tal princípio significa que havendo violação do direito, “qualquer que seja a lesão ou mesmo sua ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de ter, o prejudicado, a sua questão examinada por um dos órgãos do Poder Judiciário” (BASTOS, 1989, p. 172).

A partir deste princípio constitucional, alguns juristas, em comentário aos §§ 2º e 3º do art. 625-D da CLT, acrescentados pela lei 9.958/00, que dispõe sobre as comissões de conciliação prévia, vêm divergindo quanto à sua constitucionalidade.

Cléber Lúcio de ALMEIDA (2000, p. 226-227), entende que a tentativa de conciliação prévia nas comissões não constitui afronta ao art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, apresentando os seguintes argumentos: que a atribuição das comissões foi limitada à tentativa de conciliação dos conflitos individuais de trabalho e não ao seu julgamento; que o empregado poderá recorrer ao Poder Judiciário sem qualquer entrave quanto às parcelas expressamente ressalvadas, as quais, por consequência, não têm eficácia liberatória; que a prévia tentativa de conciliação é condição para a propositura da ação coletiva, conforme os arts. 616, § 4º da CLT e 114, § 2º da CF/88, e o STF não a têm como inconstitucional, então, o mesmo raciocínio aplicar-se-ia às ações individuais.

Para Estevão MALLET (2000, p. 444), “a obrigação de prévia tentativa de conciliação, cuja legitimidade já foi posta em causa, antes mesmo de entrarem em vigor as disposições da Lei n. 9.958/00, não se mostra inconstitucional. Não atrita com a garantia de ação, que nada tem de incompatível com a chamada jurisdição condicionada. (...) É certo que o direito de acesso aos tribunais não permite que se exclua, em hipótese alguma, a possibilidade de solução jurisdicional do conflito. Mas esse direito não impõe tenha de ser toda e qualquer demanda submetida direta e incondicionadamente à solução jurisdicional. Na verdade, se a condição a ser satisfeita antes do ajuizamento da ação revela-se legítima, na medida em que se funda em interesse público, não se destinando apenas a protelar a tutela jurisdicional ou a beneficiar o demandado, não se está diante de exigência abusiva”.

Ives Granda da Silva MARTINS Filho (2000, p. 166), não menciona expressamente sobre a constitucionalidade dos artigos, mas apresenta entendimento de que o empregado deve apresentar sua demanda à comissão, para apreciação prévia, e acrescenta que a mesma constitui pressuposto processual para o ajuizamento da ação trabalhista, como forma de prestigiar as soluções autônomas dos conflitos trabalhistas.

No mesmo sentido, Maurício RANDES (2000, p. 467) entende que a exigência de prévia conciliação, trata-se de condição da ação, pois “o trabalhador passa a ter o interesse de agir se tiver previamente tentado-a. Ou seja, para que o autor tenha interesse de agir, impõe-se que ele submeta sua demanda à conciliação pela comissão. Isto equivale ao requisito imposto pelo art. 114 da CF sobre a negociação direta antes do ajuizamento do dissídio coletivo. O interesse de agir, de acordo com a nova lei, somente surge depois da tentativa de conciliação. Por isto, não se trata de exclusão de lesão de direito da apreciação do Judiciário. A lei apenas acrescentou mais uma exigência para que surja o interesse de agir configurador da condição da ação a que se refere o inciso VI do art. 267 do CPC.”

Entretanto, Jorge Pinheiro CASTELLO (2000, p. 448), posiciona-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos, pois “as condições da ação jamais podem ser tidas como condições de acesso ao Poder Judiciário. (...) O interesse de agir necessário para o exercício do direito de ação e para se obter o julgamento do mérito está presente a partir do inadimplemento (já há, nesta situação, a necessidade concreta da jurisdição) (...) visto

que com o afirmado inadimplemento, no plano material, está configurado e satisfeito o interesse de agir processual próprio do direito constitucional de ação, não se podendo exigir a presença de um segundo interesse de agir administrativo, para só então se poder demandar em juízo.”

Diante de tais argumentos cabe analisar os limites do acesso ao judiciário imposto pela Constituição, a fim de verificar quais requisitos poderão ser considerados condições da ação, e, por conseguinte, interesse de agir para a propositura da ação trabalhista individual. Porém, antes, necessário se faz retornar ao estudo da jurisdição, mas no que diz respeito à lei processual.

3.3. Da jurisdição.

Para desempenho da função jurisdicional, estabeleceu-se a jurisdição, como o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar a vontade da lei, quando o sujeito do conflito de interesses, deduzindo sua pretensão, invocá-la do Estado.

No entanto, dispõe o art. 2º do CPC: “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, *nos casos e forma legais*” (grifo nosso).

Assim, o presente artigo engloba dois princípios fundamentais do processo civil: “1º) o de que não existe (como regra quase absoluta), em nosso sistema jurídico, processo ‘ex officio’, o que é uma decorrência da aplicação do princípio dispositivo: somente se inicia um processo em virtude de pedido do interessado ou da parte, e ainda, o conteúdo do processo e do procedimento respectivo e o efeito desejado, seja uma lide, seja

mesmo em relação a um pedido de jurisdição voluntária - são outrossim, delineados por quem requer; 2º) por outro lado, desde que o pedido da parte ou o requerimento do interessado tenham sido feitos ‘nos casos e formas legais’, nasce o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional” (ALVIM, 1990, p. 281)

Como visto, o direito Constitucional assegura a apreciação pelo Poder Judiciário, constando, para isso, em seu texto a regra do art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário, o direito do indivíduo de pedir a tutela jurisdicional, quando alegue qualquer lesão ou ameaça a direito.

Observa-se, entretanto, que a lei processual vigente prescreve que se prestará a tutela jurisdicional, desde que requerida “nos casos e formas legais”. Isto significa que a tutela jurisdicional é assegurada a qualquer parte ou interessado, que, em se dirigindo ao juiz e relatando-lhe a ocorrência de determinados eventos da vida, protegidos pelo Direito material, o faça correta e oportunamente (ALVIM, 1990, p. 282).

Portanto, “não será suficiente tão-somente pedir ao judiciário, para obter-se tutela jurisdicional (...). Quando o legislador se refere a ter de ser a tutela requerida na forma legal, isto significa que, necessariamente, há requisitos que não poderão ser desobedecidos, sob pena de, se o tiverem sido, não ser ela prestada aquele que a pediu, tal como o tenha feito. A tutela, neste caso, significará exclusivamente o indeferimento liminar do que se pede” (ALVIM, 1990, p. 285).

Em suma, sempre terá havido prestação da função jurisdicional, quer no caso

de se dar ao processo por nulo; quer quando se reconheça incorrente qualquer uma das condições da ação ou de pressuposto processual; quer, por último, quando julgue o próprio mérito; ou seja, de qualquer modo terá sido, o autor, ouvido pelo Judiciário, ainda que, sua pretensão não tenha sido satisfeita.

3.4. Da Ação.

A jurisdição é inerte, pois só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses e sempre na dependência da invocação dos interessados, tendo em vista que são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos praticados (THEODORO Júnior, 2000, p. 34). Deste modo, cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, através do exercício do direito de ação.

No entanto, para que a tutela jurisdicional seja prestada, a ação deve obedecer a forma legal, conforme estabelecida pela legislação processual. Mas, dispõe o art.5º, XXXV, da CF/88, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Assim, embora o destinatário desta norma seja o legislador, de certa forma atinge a todos, pois aquele e ninguém mais poderá impedir o jurisdicionado de pedir a tutela jurisdicional.

Dentro de uma interpretação literal e ampla do dispositivo constitucional, poder-se-ia questionar: a legislação processual civil, norma infraconstitucional, ao estabelecer, de uma certa maneira, barreiras para o acesso ao judiciário como as condições da ação e os pressupostos processuais, por exemplo, não estaria

infringindo o princípio da inafastabilidade jurisdicional ou direito de ação?

Para sistematizar tal questão, entende Arruda ALVIM (1990, P. 378) que existem dois tipos de ação: “a) uma de cunho eminentemente genérico e sediada no Direito Constitucional: é o *direito de ação constitucional* (art. 5º, XXXV, da CF/88); b) a outra - que é processual - regulada no processo, *mas nasce do próprio direito constitucional*, enquanto o Direito Constitucional é pressuposto da norma infra-constitucional.” E exemplifica seu entendimento: “se alguém se dirige ao Judiciário e *in limine* tem a sua ação inadmitida, terá, certamente, exercido um direito de ação, ao nível em que esse está previsto no Direito Constitucional. No entanto, não terá tido a ação processual, dado que, para esta indispensáveis são certas condições.”

Neste raciocínio, pode-se dizer que a ação é direito público subjetivo e abstrato de natureza constitucional. Subjetivo e abstrato porque não se trata de direito à tutela jurisdicional, mas direito de pedir a tutela jurisdicional, “uma vez que nele se contém pedido que pode ficar sem atendimento, ou então ser a final satisfeito. Em uma e outra hipóteses, existiu e foi exercido o direito de ação, independentemente do resultado final” (MARCQUES, 1974, P. 378). E constitucional porque está garantido expressamente, como direito fundamental, no art. 5º, XXXV, da CF/88, mas observa-se, quando exercido esse direito, vindo a instauração do processo, é o direito processual que passa a regulamentar a ação.

Portanto, a tutela jurisdicional somente poderá ser exercida quando a parte ou interessado provocar a função jurisdicional do Estado através da ação e desde

que esta preencha as condições e pressupostos previstos na legislação processual, sem que isso seja considerado uma barreira de acesso ao judiciário, constitucionalmente garantido, pois o direito de ação é um direito abstrato que independe do resultado final. Assim, sendo exercido, mas havendo seu indeferimento, por exemplo, por falta de qualquer das condições da ação, ter-se-á o exercício do direito de ação no plano constitucional, mas a carência de ação no plano processual. Logo, “esse direito de ação, garantido constitucionalmente, não significa direito absoluto, pois a lei processual determina quais os requisitos para que alguém possa fazer valer o comando que emerge do texto constitucional referido” (NERY Júnior, 1996, p. 34).

Retornando às comissões de conciliação prévia, poder-se-ia dizer que as mesmas tratam-se de condição da ação trabalhista individual? Pois, neste sentido, não se poderia considerá-las inconstitucionais. Para se verificar esta questão, passa-se à análise do que vem a ser as condições da ação, e mais especificamente o interesse de agir.

3.4.1. Das condições da ação.

Viu-se que para haver a prestação da tutela jurisdicional, e, por conseguinte, uma sentença de mérito sobre a pretensão deduzida, primeiro deve-se ter a provocação da parte ou interessado através da ação, mas não somente no plano constitucional, principalmente no plano processual, e para isso necessário se faz o preenchimento das condições da ação, pois não se pode alcançar a tutela jurisdicional mediante qualquer manifestação de vontade perante o órgão judiciário.

Assim, condições da ação são requisitos essenciais para a existência da ação, bem como para atingir-se a tutela jurisdicional, os quais por essa razão, devem ser examinados preliminarmente à apreciação do mérito, em cada caso concreto.

Três são as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido; interesse processual; legitimação para agir.

Tendo em vista o tema apresentado, abordar-se-á somente o interesse processual.

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, embora o Estado tenha o dever de prestar a tutela jurisdicional quando provocado, não lhe convém acionar os órgãos judiciários sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. Assim, é preciso, que a prestação jurisdicional solicitada seja, em cada caso concreto, necessária e adequada.

Tem-se por necessidade da tutela jurisdicional quando da “impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado - ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-la, sendo vedado ao autor o uso de autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial”. E por adequação, “a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser” (CINTRA, *et. al.*, 1998, p. 257).

Portanto, “para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende, o autor necessita da providência

jurisdicional pleiteada? Desta forma, faltará o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem participação do judiciário” (GRECO Filho, 1981, p. 72-7).

Logo, o interesse processual é aquele que se expressa pela indispensabilidade do uso do processo pelo autor, sob pena de ficar sem meios para fazer valer seu direito material pretendido (ALVIM, 1990, p. 380).

Neste sentido, ter-se-á com a instituição das comissões de conciliação prévia uma nova forma de se alcançar o mesmo resultado que seria pretendido na reclamação trabalhista, sem que haja necessidade da intervenção dos órgãos do judiciário. Assim, poder-se-á considerá-las como uma condição da ação trabalhista individual, uma vez que sem a tentativa de conciliação prévia perante aquelas, faltará o interesse processual, tendo, por conseguinte, a extinção do processo sem julgamento do mérito, sem que isto signifique o cerceamento do exercício do direito de ação no plano constitucional.

4 CONCLUSÃO

O princípio da separação dos poderes determina que a função jurisdicional cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, porém a mesma somente poderá ser exercida com a provocação do jurisdicionado através do direito de ação. Mas este direito não é absoluto. Para que a tutela jurisdicional seja prestada, é necessário que estejam presentes os requisitos previstos na lei processual que são os pressupostos processuais e as condições da ação.

Assim, pode-se falar em direito de ação em dois planos: no plano constitucional e no plano processual, ou seja, quando o jurisdicionado apresenta sua pretensão ao órgão do judiciário, está exercendo seu direito de ação no plano constitucional, porém, a tutela jurisdicional, somente será prestada quando a pretensão do autor possuir, além da possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade de parte, o interesse processual, que significa que o autor não poderá ver sua pretensão satisfeita senão com a intervenção do Poder Judiciário.

Neste sentido, no que diz respeito às Comissões de conciliação prévia, quanto à exigência, constante nos parágrafos 2º e 3º do art. 625-D da Lei 9.958/00, de apresentação do conflito individual de trabalho perante aquelas, antes de propor qualquer reclamação trabalhista, não está eivado de inconstitucionalidade como posicionam-se alguns juristas, pois não se está tirando do trabalhador a possibilidade de pleitear em juízo, ou seja, de exercer seu direito constitucional de ação. Somente impõe-se que o mesmo, antes de mover a máquina judiciária, utilize-se de meios alternativos de solução de conflitos, sem que haja a intervenção do judiciário, demonstrando, desta forma, caso não haja nenhuma conciliação, o interesse processual, necessário para que o Estado apresente sua tutela jurisdicional, através da sentença de mérito.

Vale ressaltar que, as técnicas processuais, hoje, devem servir mais às funções sociais, e as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada, devendo os meios alternativos serem buscados como forma de ir mais além do que uma simples solução, aproximando-se cada vez mais da Justiça..

referências bibliográficas

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Comissões de conciliação prévia - considerações sobre a lei n. 9.958/2000. **Revista LTr**, v.64, n.02, p.224-229, fev., 2000.
- ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v.1.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. Comissão de conciliação prévia - filosofia, ideologia e interesses envolvidos na lei, inconstitucionalidades, perplexidades e situações específicas - limitações, exceções e alternativas. **Revista LTr**, v.64, n.04, p.446-455, abr., 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais**: comentários ao artigo 5º da CF/88. São Paulo: EDIPRO, 1997.
- GRECO Filho, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- MALLET, Estêvão. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação. **Revista LTr**, v.64, n. 04, p.439-445, abr., 2000.
- MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. v.1.
- MARTINS Filho. A justiça do trabalho do ano 2000: as leis ns. 9.756/1998, 9.957 e 9.958/2000, a emenda constitucional n.24/1999 e a reforma do judiciário. **Revista LTr**, v. 64, n.02, p.161-171, fev.,2000.
- NERY Júnior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: R T, 1996.
- RANDS, Maurício. As comissões de conciliação prévia. **Revista LTr**, v.64, n.02, p.465-467, abr., 2000.
- SUNDEFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- THEODORO Jr., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1.



A EXCLUSÃO DE SÓCIO PELA MAIORIA DO CAPITAL SOCIAL

Leonardo Vitório Salge*

sumário

1. Pródromo
2. Affectio societatis
3. As vias de exclusão do sócio
4. Causas legais de dissolução da sociedade
5. Ampliação dos casos de exclusão pela doutrina
6. Quanto à desnecessidade de previsão contratual
7. Não necessidade de declaração judicial
8. Causa justificada e sua apreciação pelo judiciário
9. A desarmonia entre os sócios como causa de exclusão
10. Conclusão

resumo

O texto aborda a possibilidade de os sócios detentores da maioria do capital social despedirem do quadro societário o sócio minoritário mediante simples deliberação e posterior arquivamento na Junta Comercial de alteração contratual com fundamento em motivo justo, especialmente a quebra da *affectio societatis* e a desinteligência reinante entre os sócios, tudo sem necessidade de previsão contratual, lei ou decisão do Poder Judiciário, já que esta permissão decorre da natureza contratual do negócio.

Palavras-Chave: Sociedade – Dissolução Parcial – Demissão de Sócio

1 PRÓDROMO

A exclusão de sócio pela sociedade, especialmente pela maioria do capital social, é tema que vem ilustrar antiga discussão doutrinária e jurisprudencial existente no direito societário a respeito da possibilidade de dissolução parcial da sociedade por vontade dos sócios, ausente qualquer disposição expressa no contrato social, na legislação e sem a necessidade de prévia decisão judicial.

Inicialmente, impende salientar que o termo dissolução deriva do latim *dissolutio*, de *dissolvere* (desatar, desligar, separar), possuindo na terminologia jurídica, o sentido genérico de extinção e

ruptura. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1993, p.103).

No direito societário, o termo dissolução pode assumir aspectos distintos. Um deles é a dissolução, a extinção total da sociedade, que efetivamente culminará com a extinção da pessoa jurídica. O outro sentido refere-se à dissolução parcial, que não tem por fim extinguir totalmente o vínculo societário, mas apenas deliberar a retirada de algum sócio por vontade da maioria do capital social, não implicando, repita-se, a liquidação do negócio, de modo que este prosseguirá com os sócios remanescentes.

O presente estudo está totalmente voltado para a dissolução parcial da sociedade de pessoas, mormente quando

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

operada exclusão de sócio minoritário por vontade dos sócios majoritários, detentores da maioria do capital social, independentemente de previsão contratual, lei ou decisão judicial, apenas à simples vista do arquivamento na Junta Comercial da alteração contratual onde se delibera a exclusão com fundamento em justo motivo.

2

AFFECTIO SOCIETATIS

Antes de adentrarmos o tema proposto, é condição necessária ter presente que o contrato de sociedade é um contrato *sinallagmatico plurilaterale*, onde o elemento fundamental é o escopo ou objetivo comum, inexistente nas demais espécies contratuais, mais conhecido como *affectio societatis*, traduzido por THALLER (1898, p. 122) como “um elo de colaboração ativa entre os sócios.”

Ocasões podem ocorrer, contudo, em que algum sócio passa a atuar como pessoa que não se encontra na sociedade para somar esforços com os demais, visando ao fim comum para o qual teve nascimento a sociedade. Pode restar evidenciado ainda que o dever de colaboração a que está jungido algum dos sócios passou a inexistir, ou ainda, verificar-se a prevalência de interesse pessoal sobre o interesse da sociedade. Estes são apenas alguns exemplos destacados de um enorme universo de situações que demonstram a quebra da *affectio societatis*, passíveis, portanto, de ocasionar a dissolução parcial da sociedade. Uma variada gama de situações podem gerar desarmonia entre os sócios o que sem dúvida afetará também a vontade de somar esforços e violará a *affectio societatis*.

3

AS VIAS DE EXCLUSÃO DO SÓCIO

MARTINS (1940, p. 128-129) leciona que “... a retirada dos sócios, nos termos do artigo 339 do Código Comercial resulta de duas situações distintas: a) a de despedir-se o sócio antes de dissolvida a sociedade. Acontece isso por via do contrato chamado de retirada de sócio. A retirada, ou despedida, efetua-se pelo consenso unânime dos sócios. As mesmas vontades que coincidiram para a constituição da sociedade operam, sem discrepância, para modificá-la, regulando a situação de saída de um deles, a inteiro aprazimento geral; b) a de ser o sócio despedido antes de dissolvida a sociedade. Verifica-se, nesta hipótese, o contrato chamado de exclusão de sócio. Realiza-se sem o consentimento do excluído, à revelia e, em regra, contra a sua vontade. Se esta se manifestasse favoravelmente, ele não seria excluído: despedir-se-ia. A exclusão se dá, portanto, em vista de deliberação da maioria dos sócios, não de sua unanimidade (...). A deliberação, nesse sentido, todavia, carece ser justificada: a causa justa é essencial à validade do ato, nos mesmos casos em que a lei a permite.”

Dos termos do artigo citado resultam duas situações bem distintas: a de o sócio tomar a decisão de despedir-se antes de dissolvida a sociedade, ocasião em que a decisão será da vontade do sócio; e de outro lado a de ser o sócio despedido antes de dissolvida a sociedade, onde dá-se propriamente a exclusão do sócio sem dissolução da sociedade. Trata-se de dissolução parcial. Neste último caso, a exclusão ocorrerá, obviamente, sem o seu

consentimento, o que não ocorre na primeira oportunidade, devendo ficar claro que a dissolução da sociedade, em ambos os casos, poderá ser parcial.

4

CAUSAS LEGAIS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

A morte e a incapacidade de um dos sócios figuram entre as causas de dissolução da sociedade (CCom, artigos 308 e 335 e CC, artigos 1.399, IV, 1.402 e 1.403), admitindo, contudo, a legislação, o prosseguimento da sociedade com os sócios remanescentes e até com os herdeiros do falecido, e desde que a sociedade não seja daquelas em que a pessoa do sócio é o fundamento da união. Em não ocorrendo esta hipótese haverá de existir previsão no contrato de ingresso dos herdeiros, já que em caso contrário poderiam os sócios remanescentes recusar a participação destes no quadro social.

A essas duas hipóteses de resolução, acrescentam-se outras duas, previstas no Código Comercial de 1850, sendo elas: a) a falta de integralização da parte subscrita no capital social (art. 289); e b) no exercício, por parte do sócio de indústria, sem estar para isso autorizado, de atividade comercial estranha à sociedade (art. 317).

Cuidam elas da rescisão da sociedade a respeito do sócio, importando no seu afastamento compulsório por deliberação da sociedade, a que se dá o nome genérico de exclusão.

Apenas a título de ilustração, a falência de um dos sócios também era causa de dissolução da sociedade. Agora, entretanto, assim não mais se procederá já que a Lei Falimentar, no seu artigo 48,

determina tão somente a apuração dos haveres do sócio falido para devolução à massa, permanecendo a sociedade com os demais sócios.

Por sua vez, o artigo 339 do Código Comercial determina que: “O sócio que se despedir antes de dissolvida a sociedade ficará responsável pelas obrigações contraídas e perdas havidas até o momento da despedida. No caso de haver lucros a esse tempo existentes, a sociedade tem direito de reter os fundos e interesses do sócio que se despedir, ou for despedido com causa justificada, até se liquidarem todas as negociações pendentes que houverem sido intentadas antes da despedida.”

Até aqui, tanto a doutrina como a jurisprudência não vacilava quanto à exclusão de sócio da sociedade e uma vez presente a hipótese legal, nada mais restava ao sócio senão retirar-se da sociedade, isto porque a determinação era legal e contra ela não havia entendimento contrário.

Ocorre que são inúmeros os motivos geradores de conflito que quebram a harmonia da sociedade e que passaram a ser vistos como casos de exclusão de sócio da sociedade, surgindo a indagação a respeito de se nestas demais situações poderiam também os sócios descontentes excluir o faltoso. Concluiu-se, ao fim de longa discussão, que isto é perfeitamente possível desde que o motivo da exclusão seja justo.

5

AMPLIAÇÃO DOS CASOS DE EXCLUSÃO PELA DOUTRINA

O artigo 339 do Código Comercial, segundo nos ensina LEÃES (RDM 100/86), deu surgimento à seguinte

indagação: seria ele aplicável somente nos casos explicitamente previstos nos artigos 289 e 317, ambos do Código Comercial ou era extensivo também a situações outras que não aquelas contempladas?

O entendimento doutrinário, num primeiro momento, passou a ser no sentido de que a dissolução parcial era aplicável a outros casos, além daqueles explicitamente previstos nos artigos 289 e 317, ambos do Código Comercial, desde que verificada expressa estipulação no contrato de constituição da sociedade.

Esta interpretação inicialmente foi veiculada por J. X. Carvalho de MENDONÇA (1945, p. 149), dominando a doutrina e a jurisprudência pátrias durante larga margem de tempo, a qual fundamentava-se nos seguintes termos: “se for pactuado no contrato social que a maioria dos sócios pode destituir ou excluir qualquer deles em dadas circunstâncias, é possível a exclusão de sócio. Se se pode estipular no contrato de sociedade que, retirado um sócio, a sociedade continue a subsistir entre os demais (cláusula comum especial para o caso morte), é também lícito pactuar a exclusão de sócio pela maioria em casos especiais cogitados no mesmo contrato. A sociedade regula-se pela convenção das partes sempre que esta não for contrária às leis comerciais. Que a cláusula é lícita não há dúvida.”

Mais tarde observou MARTINS (1984, p. 260) que foi dado ao pronunciamento de J. X. Carvalho de Mendonça, e aos termos do art. 339 do Código Comercial, um significado que manifestamente não tinham. Salientou que Carvalho de Mendonça não exprimiu pela exigência de previsão contratual, mas sim pela licitude da inclusão desta cláusula no contrato social. Advertiu ainda que o artigo 339 do

Código Comercial não exige deva existir uma cláusula expressa nesse sentido.

Após estes debates doutrinários, a reboque surgiu a inclinação da jurisprudência de admitir a exclusão do sócio, mesmo na ausência de cláusula contratual específica, condicionando-a apenas à existência de causa justa.

Veja-se que a doutrina e a jurisprudência pacificaram-se no sentido de ser possível a exclusão de sócio minoritário pela maioria do capital social, não pela unanimidade dos sócios, mas desde que haja motivação justa que conduza à exclusão. Ausente o motivo justo, a decisão da maioria do capital social desafiará a anulação pelo Poder Judiciário com reintegração do sócio excluído na sociedade com todos os direitos a ele inerentes.

A legislação comercial, entretanto, nada dispõe a respeito dos motivos que possam levar à exclusão de sócio minoritário pela vontade da maioria do capital social, ficando a cargo dos sócios a análise de cada situação. Nesse aspecto, a melhor solução afigura-se a não enumeração pela norma dos casos de dissolução parcial, já que cada sociedade conta com nuances próprias, sendo difícil, senão impossível a sua ampla enumeração. Conveniente assim que fiquem os sócios livres para decidir, sempre em defesa dos interesses da sociedade e não de interesses pessoais.

6 QUANTO À DESNECESSIDADE DE PREVISÃO CONTRATUAL

Acirrado foi o debate a respeito da necessidade de que o contrato social contivesse cláusula expressa enumerando os motivos que dariam ensejo à exclusão do sócio da sociedade. A doutrina,

contudo, fez prevalecer a sua total desnecessidade, fundada no argumento de que todo o contrato traz implícito cláusula resolutiva regulada em nosso direito entre as regras dos contratos bilaterais, ou seja, no artigo 1.092, parágrafo único do Código Civil, pela qual a parte lesada pelo inadimplemento, pode sempre requerer a rescisão do contrato.

Apesar da não necessidade da inclusão destas cláusulas no contrato social, conforme adiante será demonstrado, não havia e não há impedimento de sua estipulação. E aqui cabe um parêntese para mencionar um método de interpretação que se afigura especialmente útil quando se trata de cláusulas contratuais elaboradas por sócios não afetos à terminologia jurídica, isto porque a linguagem dos contratos não costuma primar pela técnica irrepreensível, devendo, portanto, o intérprete procurar o sentido de suas palavras não no conceito dos juristas, mas no estilo dos profanos, consoante o magistério de DANZ citado por FLORES (1988, p. 67) *in verbis*: “Y esta averiguación se verifica exclusivamente según lo efectuaría un profano, sin atender para nada a la construcción jurídica que el juez dé más tarde al asunto; toda otra interpretación es falsa.”

De volta ao tema propriamente dito, aquela teoria ganhou repercussão em 1926, quando a partir da obra de Sebastião Soares de Faria denominada *Da Exclusão de Sócios nas Sociedades de Responsabilidade Ilimitada*, passou-se a entender que havendo na sociedade uma relação sinalagmática, o poder de exclusão seria inerente ao contrato social, não podendo dele ser desprovida mesmo à míngua de uma expressa referência legal. (ap. LEÃES, p. 88)

GOMES (1999, p. 71), após salientar que sob o ponto de vista de sua for-

mação, negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração de vontade de uma só pessoa e que o bilateral se constitui mediante concurso de vontades; que do ponto de vista dos efeitos que produz, no primeiro caso criará ele obrigações para apenas uma das partes e, no segundo, estas obrigações são inerentes a todas as partes envolvidas, depreende-se que o contrato de formação de uma sociedade, é um contrato sinalagmático ou bilateral, porque cria obrigações para as duas partes do ponto de vista dos efeitos que produz. Todos os sócios deverão contribuir para a criação, manutenção e desenvolvimento do negócio. Neste sentido, ambos os sócios têm obrigação de contribuir para o fim comum ao qual está voltada a sociedade.

Interessante ainda salientar que no contrato de sociedade se observa que a vontade dos sócios não é antagonica, não estão presentes interesses opostos, os interesses contrastantes das partes convergem para um único objetivo, o fim último da sociedade para a qual voltaram seus esforços que, logicamente, variará de acordo com cada uma delas.

LEÃES (p. 88/89) conclui que no contrato de sociedade, essa condição resolutória colhe efeito peculiar determinando o inadimplemento por parte de um dos sócios contratantes, não a resolução total do contrato, mas apenas do vínculo do sócio inadimplente.

A doutrina, especialmente TEIXEIRA (1956, p. 244), assim leciona: “inclinamo-nos a crer que, em determinadas circunstâncias, mesmo em falta de previsão estatutária, poderão os sócios em maioria, por justa causa, decretar a exclusão ou eliminação do sócio faltoso.”

No mesmo sentido, MIRANDA (1965, p. 372) aduz que: “a cláusula de despedida

por justa causa não precisa que se inclua (no contrato), porque o princípio é legal.”

GOMES (1974, p. 244) é peculiar ao lecionar que “(...) o art. 15 da lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada admite a interpretação, conforme a qual é perfeitamente dispensável a cláusula contratual expressa, já que a maioria dos quotistas pode alterar o contrato social e, portanto, despedir um deles, com a única limitação de haver justificativa para a deliberação.”

A 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo ao julgar a apelação 233.864, entendeu “ser admissível em nosso estatuto comercial, a exclusão, por vontade da maioria, de sócio, com causa justificada. A desarmonia entre os sócios pode gerar a dissolução social ou a exclusão de um deles. E, neste último caso, a omissão do contrato não impede a despedida compulsória.” (RT 510/131)

Finalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que é possível a exclusão de um dos sócios por deliberação da maioria, independentemente de previsão contratual ou pronunciamento judicial (REsp. 7.183 – Amazonas, de 02/04/91, in RSTJ vol. 3 (22), p. 433), acórdão este amparado ainda na lição de GOMES (1984, p. 258), segundo o qual: “(...) aos outros sócios assiste direito de excluir da sociedade aquele que se tornou elemento perturbador de sua existência e desenvolvimento, menos porque tenham e possam exercer poder disciplinar sobre o turbulento ou pernicioso do que pela conduta inadimplente que passou a ter.”

Diante das motivações jurídicas acima é de se concluir que não há a mínima necessidade de que o contrato social apresente cláusula expressa autorizando a exclusão de sócio em razão de o princípio estar implícito e ser decorrente de lei.

7

NÃO NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL

As indagações a respeito do tema não pararam por aí. Surgiu a *quaestio juris* da necessidade de que o ato de exclusão do sócio dependeria de decisão judicial para demitir-se da sociedade, por vontade da maioria do capital social, o sócio minoritário faltoso, tudo com fundamento no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil que assim determina: “A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo.”

Desta forma, observa-se que a sociedade estaria dissolvida de pleno direito caso houvesse previsão expressa no contrato social. Ao contrário, alguns doutrinadores passaram a sustentar que ausente qualquer cláusula neste sentido, somente através de sentença judicial estaria dissolvida a sociedade. Daí a necessidade de recurso ao Poder Judiciário para exclusão de sócio, já que nesse caso havia necessidade de prova do não cumprimento do estipulado.

Neste sentido, arrebatando toda sorte de dúvidas quanto à desnecessidade de decisão judicial, LEÃES (p. 90) conclui que não é esta a interpretação possível do artigo 119 do Código Civil, já que a interpelação judicial é procedimento não contencioso, produtivo de efeitos jurídicos no direito material, raramente no processual, sendo forma de exteriorização da vontade, não negócio judicial. Da sua não contenciosidade decorre a impossibilidade de defesa, interposição de recurso, ou sentença. Na espécie, a atividade do juiz é, pois, me-

ramente administrativa, nada tendo de jurisdicional, sendo descabida até a sua inclusão, tecnicamente, entre as medidas cautelares.

Por outro lado, se infere que ao Poder Judiciário não é vedado manifestar-se a respeito da justa causa determinante da exclusão de sócio. Não são raros os casos em que o sócio socorre-se junto ao pretório. Ocorre, entretanto, que os sócios não estão obrigados a buscar junto àquele Poder autorização para proceder à alteração contratual e em decorrência disso a exclusão se processará à vista da alteração contratual arquivada na Junta Comercial.

Ante toda esta discussão e em decorrência dela, a legislação se ajustou aos anseios da doutrina e o procedimento de exclusão poderá ser extrajudicial, como aliás já previa o art. 6º, I “c” da Lei 6.939/81 e Instrução Normativa 7 do DNRC, de 16.09.86, disposições legais revogadas pela atual Lei 8.934/94, desde que indicado o motivo e a destinação do capital social minoritário. Deverá ser judicial quando se tratar de afastamento compulsório de sócio majoritário, segundo o ensinamento de Marco Antônio Marcondes Pereira. (RDM 100/75)

8

CAUSA JUSTIFICADA E SUA APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Quando presentes na sociedade situações que demonstrarem a atuação do sócio em desacordo com o dever de colaboração a que está submetido – *affectio societatis* – pode-se dizer que manifesta se encontra justa causa a autorizar sua exclusão da sociedade. Uma vez inadimplido este dever de colaboração, de presença fundamental no contrato

social, habilitada estará a sociedade a excluir o sócio inadimplente fundamentada na prevalência do interesse social sobre o individual.

Reconhecido o poder da sociedade, consolidado nas mãos da maioria do capital social, deve-se evitar que a decisão de exclusão do sócio tido como faltoso se degenere em abuso de direito. É preciso que o Poder Judiciário esteja bem atento a esta peculiaridade já que são raros os pronunciamentos judiciais adentrando especialmente o mérito que levou a sociedade a expulsar o sócio tido por faltoso, limitando-se em muitos casos a referendar a decisão de exclusão, mormente se esse *modus operandi* estiver fundamentado na desarmonia entre os sócios ou a quebra da *affectio societatis*.

Esta verificação de efetiva justa causa toma sentido já que por detrás destes motivos o sócio minoritário pode estar sendo prejudicado em seus direitos, passando a não mais auferir lucros da sociedade e desfrutar dos demais direitos de sócio.

O motivo determinante da exclusão deve ser entendido como todo aquele que acarrete o total inadimplemento do dever de colaboração, não havendo para o caso concreto possibilidade útil de o sócio permanecer preso ao vínculo social.

Como restou asseverado, de fato é conferida ao Poder Judiciário a possibilidade de se imiscuir no mérito da determinação da sociedade para que se aquilate a real ocorrência determinante da motivação de exclusão do sócio, isto para evitar os desmandos da maioria do capital social, ao contrário do que ocorre com o mérito dos atos administrativos que se tornou parte intocável pelo Judiciário.

Poder-se-ia argumentar que a exclusão de sócio pela maioria do capital social sem amparo em decisão judicial configuraria caso de aplicação da justiça com as próprias mãos, o que ofenderia ainda os princípios de igualdade de tratamento dos sócios, do devido processo legal e da ampla defesa, estes dois últimos previstos constitucionalmente.

Não há, entretanto, motivo nem razão jurídica para que a decisão de exclusão se configure nestes termos, desde que observado o procedimento legal de exclusão fundamentado em decisão da maioria do capital social e por motivo justo declarado na alteração contratual.

Restou salientado que subsistirá, sempre sobranceira, a possibilidade de o sócio excluído buscar abrigo junto ao Poder Judiciário visando anular a deliberação da maioria, o que pode ocorrer através de ação anulatória precedida, se for o caso, de ação cautelar inominada buscando a suspensão dos efeitos do arquivamento da alteração contratual na Junta Comercial decidindo pela exclusão do sócio do quadro societário, assegurando, inclusive, enquanto não transitar em julgado a decisão, o direito de auferir os lucros da sociedade e de manter o *status* de sócio. Assim, não há que se falar em prejuízo decorrente da ausência de ampla defesa.

Quanto ao princípio de igualdade de tratamento dos sócios, também este não será violado. Neste sentido cumpre trazer à baila a lição de NUNES (1968, p. 275) que ainda hoje se afigura atual e que assim dispõe: “Pensamos, porém, que o estrito respeito daquele princípio (o princípio da igualdade de tratamento dos sócios) exige somente que cada um dos sócios não possa ser objeto do arbí-

trio da maioria, que não possa ser vítima de medidas arbitrárias e discriminatórias que se pretendem tomar em relação a ele, sem justificação bastante. Esta a razão de ser de tal princípio, que de modo algum resulta prejudicado quando se excluir um sócio com fundamento em motivo grave. Por outro lado, o princípio de igualdade dos sócios, se concede iguais garantias contra as arbitrariedades da maioria, significa também que uns e outros devem colaborar no exercício da atividade econômica a que a sociedade se destina, devem contribuir para a prossecução do interesse comum (cada um, evidentemente, de acordo com a posição que ocupa na sociedade). Já se vê, portanto, como a exclusão do sócio cuja presença na sociedade se torna incompatível com a boa marcha dos negócios sociais, longe de contrariar o aludido princípio, resulta afinal de uma exigência da própria idéia de tratamento igualitário dos sócios: à sociedade há que ser lícito excluir aquele que não colabora na realização do escopo comum.”

Não há retoques a serem aplicados à manifestação do doutrinador português acima citado. É imperioso que se tenha presente na decisão de exclusão a manutenção na sociedade de elementos aptos a realizar o seu objeto social. No momento em que a maioria do capital social tem nas mãos o poder de excluir o sócio inadimplente por motivo justo, a desigualdade de tratamento em momento algum se configura já que é princípio “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam.” A se entender o contrário estar-se-ia dando ao sócio inadimplente para com as suas obrigações sociais um tratamento privilegiado,

admitindo que ele possa não prestar colaboração ativa e desfrutar, em contrapartida, dos benefícios que a sociedade lhe oferece, inclusive participação nos lucros.

LEÃES (p. 95) conclui que no afastamento de um sócio por deliberação da maioria do capital social, a perda do *status socii* que o mesmo irá sofrer representa a consequência inevitável da exclusão, evento esse cuja possibilidade faz parte do próprio desenho da condição de sócio.

9

A DESARMONIA ENTRE OS SÓCIOS COMO CAUSA DE EXCLUSÃO

Afigura-se por demais importante e inclui-se entre uma das causas de exclusão do sócio minoritário pela maioria do capital social o rompimento da harmonia reinante na sociedade. Se a desarmonia entre os sócios é causa de dissolução total da sociedade de pessoas, com muito mais razão poderá também amparar a dissolução parcial com a consequente exclusão do sócio faltoso.

COMPARATO (1978, p. 140-1) assim leciona a respeito deste tema: “a falta de pagamento da subscrição é apenas um dos muitos casos de inadimplemento, pelo sócio, dos deveres que assumiu contratualmente, e que podem se reduzir a uma idéia genérica: a colaboração. O sócio que paralisa o normal funcionamento da sociedade por simples inimizade pessoal com outro, ou com os outros; que assume em

nome da sociedade obrigações estranhas ao objeto social e no interesse próprio; que desvia a clientela da empresa em proveito próprio ou alheio, rompe a vontade de colaboração ativa, consciente, igualitária de todos os contraentes em vista da realização de um lucro a dividir, que Paul Pic considerou como tradução atual da *affectio societatis*.”

A jurisprudência seguiu esse rumo e em variadas decisões assim decidiu: “Sociedade civil – Exclusão de sócio por deliberação da maioria em virtude da desarmonia na sociedade – Possibilidade, independentemente de norma legal expressa, previsão contratual ou pronunciamento judicial – Impossibilidade, no entanto, de que remanesça qualquer prejuízo para o excluído, relativamente ao seu afastamento, razão pela qual faz jus a que os haveres sejam atualizados pelo valor monetário. AgIn 115.133-4/5 – 4.^a Câ. – j. 24.06.1999 – rel. Des. Fonseca Tavares. 4.^a Câ. de Direito Privado do TJSP (RT 768/213-216).

Já o Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, ao julgar a apelação 206.433, se pronunciou no sentido de que se se aceita como razão de dissolução social, a desarmonia entre os sócios, “há lógica em que o mesmo ocorra em relação à exclusão.” (Bol. Jur. ADCOAS n. 35.042/75. A 2.^a Câmara do mesmo Tribunal entendeu “ser admissível, em nosso estatuto comercial, a exclusão, por vontade da maioria, de sócio, tendo a desarmonia como causa justificada. A desarmonia entre os sócios pode gerar a dissolução so-

cial ou a exclusão de um deles. E, neste último caso, a omissão de contrato não impede a despedida compulsória.” (RT 510/131)

O Superior Tribunal de Justiça pacificando o assunto decidiu que “basta a desinteligência entre os sócios para gerar a exclusão de um deles, independentemente de previsão contratual ou de pronunciamento judicial” (RSTJ 28/457-8, 4ª Turma, julgado em 13.08.91, Rel. Min. Barros Monteiro)

Para arrematar o assunto a respeito da desarmonia como causa de exclusão do sócio, muito a propósito é o ensinamento do comercialista REQUIÃO (1959, p. 263) que ao cuidar da matéria, em bem lançadas linhas deixa claro que o sócio que entra para a sociedade traz em seu dever a obrigação de cooperar para o objetivo social, de modo que os esforços devem ser somados, num “clima de compreensão e colaboração mútuas”, Se o sócio é causa de desarmonia, criando obstáculos de toda sorte torna-se inadimplente da obrigação implícita de modo que sua exclusão se impõe em benefício dos demais.

10 CONCLUSÃO

O tema da exclusão de sócio minoritário pela maioria do capital social é bastante interessante e resultado de longa evolução doutrinária e jurisprudencial, especialmente devido a que o Código Comercial teve nascimento no

ano de 1850, e apesar de ainda ser relativamente atual, deve-se ajustar à modernidade.

Percebe-se que a exclusão do sócio minoritário pela maioria do capital social é possível independentemente de previsão no contrato social, de lei ou mesmo de decisão jurisdicional para tanto. É a presença do poder de mando nas mãos da maioria do capital social que, entretanto, deve agir com prudência nas decisões de exclusão do sócio minoritário, sob pena de não surtir efeitos já que desafiará reparo pelo judiciário.

Verifica-se que as construções jurisprudenciais deram suporte para que a sociedade de pessoas tenha meios claros de sobreviver ante os desmandos do sócio faltoso e pernicioso para a sociedade.

Com a solução encontrada, mantém-se íntegro o princípio da preservação da empresa, sem necessidade de ocorrência da dissolução total da sociedade. Caberá, repita-se, sempre ao sócio excluído a busca de amparo junto ao Poder Judiciário para reparo dos abusos que forem encontrados na decisão social optante por sua exclusão, devendo o mérito desta decisão ser apreciado com vigor para que se evite toda sorte de enriquecimento ilícito dos sócios majoritários que muitas vezes, escorados em suposto motivo justo se aproveitam para retirar do sócio minoritário a possibilidade de auferir lucros com o capital destinado a integrar a sociedade na forma de quotas sociais.

referências bibliográficas

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais**. 3. ed. Atlas, 1991.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GOMES, Orlando. **Direito societário, estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOMES, Orlando. **Novas questões de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, Exclusão extrajudicial de sócio em sociedade por quotas, **Revista de Direito Mercantil** n. 100, p. 85/97.
- LENS, Carlos Eduardo Thompson Flores. A exclusão de sócio na sociedade por quotas de responsabilidade limitada. **Revista dos Tribunais**, v. 638, p. 64-68, 1988.
- MARTINS, Fran. **Direito societário**. Rio de Janeiro, 1984.
- MARTINS, Waldemar Ferreira. **Compêndio das sociedades comerciais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- MENDONÇA, J.X. Carvalho. **Tratado de direito comercial brasileiro**. São Paulo, 1945, v.3.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, t. XLIV, 1965.
- NUNES, A. J. Avelãs. **O direito de exclusão nas sociedades comerciais**, Coimbra, 1968.
- REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**, Curitiba, 1959.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Max Limonad, 1956.
- THALLER, E. **Traité élémentaire de droit commercial**, Paris, LGDJ, 1898.



A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O DIREITO ECONÔMICO

Andrea Queiroz Fabri *

sumário

1. Introdução
2. A necessidade da intervenção do Estado nas relações de trabalho
3. A evolução tecnológica e a modificação das relações de produção
4. A lei trabalhista no Brasil
5. Os tributos incidentes sobre as relações de trabalho
6. Os apelos pela flexibilização
7. Conclusão: Flexibilização necessária e prudente
8. Referências bibliográficas

RESUMO

Esse texto revisita os fatos históricos relevantes para a compreensão das relações trabalhistas e sua regulamentação jurídica no contexto social e econômico do Brasil propondo a flexibilização dessas, relações no sentido de reverter os efeitos perversos da pressão do capital sobre as classes trabalhadoras desse país.

1 INTRODUÇÃO

A situação econômica atual do País leva-nos a refletir sobre os problemas sociais por ela gerados, bem como a estudar formas de amenizar tais anomalias.

As dificuldades presenciadas nas relações de trabalho em virtude da questão econômica mostram que a flexibilização torna-se urgente, no sentido de reverter os efeitos perversos da pressão do capital na atualidade, em especial nos países em desenvolvimento. No caso do Brasil estes efeitos têm sido o desemprego e o emprego informal¹ e suas inevitáveis conseqüências nas ordens jurídico-eco-

nômica e social. Esta questão vem sendo ventilada nas aulas do Curso de Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação da Professora Isabel Vaz, tendo nos causado inquietude quanto à sua solução. Resta-nos portanto, detectar as causas do problema empregatício e do desemprego no contexto nacional para logo, opinar sobre uma possível solução, não para a relação de trabalho somente, vista pelo seu ângulo privado, mas sim, para seus reflexos na coletividade, como meio de desenvolvimento econômico, individual e social.

Para tanto, mister revisitarmos os acontecimentos históricos concernentes

* Andrea Queiroz Fabri 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.

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

às relações trabalhistas e suas influências na elaboração das leis pertinentes, comparando-os com a realidade hodierna e sua adequação ao ordenamento jurídico. Imprescindível ainda uma incursão aos ramos do Direito que se relacionam com a questão trabalhista, inclusive o Tributário e o Previdenciário, no intuito de fazer com que capital e trabalho se harmonizem, cedendo aos objetivos da ordem econômica vigente.

Pretendemos com este estudo, longe de impor soluções, abrir o debate sobre a flexibilização das relações de trabalho de maneira mais preocupada com o todo econômico do que com os ideais da empresa ou do trabalhador, características de pareceres parciais sem cunho científico.

Esperamos assim poder contribuir para um desenvolvimento dentro da economicidade, isto é, que, no caso, enseje em maior número de empregos e menos prejuízo para a comunidade, de forma que o trabalhador possa verdadeiramente gozar dos mínimos direitos que lhe são conferidos pela Constituição.

2

A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Tem-se notícia de que durante a Idade Média o sistema econômico feudal era predominante. Em troca de segurança os mais fracos trabalhavam nas terras do senhor. Era um tempo em que cada propriedade se auto sustentava, como bem descreve Hunt²:

“A grande maioria da população cuidava do cultivo da terra, visando à ali-

mentação e ao vestuário, ou criava ovelhas, para obter a lã e o vestuário.

“Os costumes e a tradição são a chave para a compreensão das relações medievais. Em lugar de leis, tal qual as conhecemos hoje, o que governava eram os costumes vigentes no feudo. Na Idade Média, não havia autoridade central forte que pudesse impor o cumprimento de um sistema de leis. Toda a organização medieval se baseava em um sistema de serviços e obrigações mútuas, envolvendo toda a hierarquia feudal”.

Como todo sistema tem seu nascimento, apogeu e declínio, o feudalismo foi dando lugar ao comércio, não só pelo intercâmbio com os árabes, mas também pela sua evolução intrínseca, evidenciada na troca do plantio de dois para o de três campos, resultando num maior aproveitamento das propriedades da terra, bem como pela substituição de bois por cavalos³.

Como pode ser percebido, desde cedo, os detentores do poder procuram diminuir custos com maior energia e menor número de homens. O cavalo passou a fazer as vezes dos bois e, para lidar com o arado era necessário somente um servo, ao invés de três⁴.

Assim, excedentes foram sendo produzidos e trocados nas feiras que, com o decorrer do tempo, foram se transformando em cidades, onde o trabalho especializado produzia artefatos ao gosto do senhor feudal que, cada vez mais, sentia necessidade de adquiri-los, em troca dos produtos do feudo.

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

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

4 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.

As cruzadas também desempenharam importante papel para a intensificação do comércio⁵, que, por sua vez, contribuiu para enfraquecer o poder do senhor feudal e aparecer uma nova classe – comerciante – que, num primeiro momento, era somente intermediária no que compreendia comprar e revender produtos. Num estágio mais avançado esta classe tornou-se proprietária da matéria-prima, dos instrumentos e do local onde os artesãos lhe vendiam a força de trabalho⁶. Este estágio marca o início do capitalismo, com a figura daquele que hoje podemos chamar de empresário.

O desejo de maior produção fez com que o capitalista investisse em forças distintas da humana, tendo aderido ao desenvolvimento industrial, através da aquisição de máquinas a partir do século XVIII, tais como a lançadeira volante e a máquina a vapor⁷, que minimizaram os custos com trabalhadores, ao mesmo tempo que incrementaram a produção.

Como a vida no campo já não satisfazia as necessidades da época, grande parte da população se aglomerava nas cidades, fazendo com que qualquer condição e remuneração nas fábricas fosse suficiente, problema mais tarde detectado por Marx⁸. Acidentes provocados pelo cansaço de longas jornadas de trabalho e a falta de medidas de segurança,

proteção a mulheres e crianças foi relatada numa revista radical de 1828, *The Lion*, como expõe Heilbroner⁹ sobre a história de Robert Blincoe, uma das oito crianças enviadas a uma fábrica em Lowdham:

“Os meninos e as meninas – tinham todos cerca de dez anos – eram chicoteados dia e noite, não apenas pela menor falta, mas também para desestimular seu comportamento preguiçoso. E comparadas com as de uma fábrica em Litton, para onde Blincoe foi transferido a seguir, as condições de Lowdham eram quase humanas. Em Litton, as crianças disputavam com os porcos a lavagem que era jogada na lama para os bichos comerem; eram chutadas, socadas e abusadas sexualmente; o patrão delas, um tal de Ellice Needham, tinha o horrível hábito de beliscar as orelhas dos pequenos até que suas unhas se encontrassem através da carne...”

Por exagerado que nos pareça tal relato, condições análogas levaram idealistas a melhorarem, de alguma forma, o ambiente de trabalho, dentre eles, o conhecido socialista utópico Robert Owen, da comunidade de Nova Lanark¹⁰.

Estes acontecimentos eram justificados pelas instituições políticas, que influenciavam nas características das relações de trabalho¹¹. Tanto o capitalismo como o Bill of Rights, de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

5 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.

6 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.

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

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

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

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

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

dão, de 1789, e a Declaração da Virgínia, de 1776, inspirados nos princípios definidos por Locke, Montesquieu, Rousseau e Voltaire e pela escola econômica liberal, propunham uma separação entre Poder Público e poder privado¹².

Num modelo econômico que pressupõe uma ordem natural, deixando os indivíduos, nos contratos, livres de qualquer interferência do Estado, a igualdade entre capitalista e trabalhador não é mais que formal. Se antes o trabalhador se encontrava ligado à corporação, agora estava sem qualquer proteção¹³, como também ressalta Vianna¹⁴:

“Em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições, sob o pretexto da autonomia contratual, abstinhasse, entretanto, o legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica”.

Os acidentes de trabalho, as condições das crianças e das mulheres, no entanto, foram objeto de preocupação para muitos, como Marx, sendo forçosa uma modificação no regime das propriedades que, segundo Isabel Vaz, “talvez configurem o instituto jurídico mais visado pelas transformações sociais.”¹⁵

Um dos mais importantes documentos no sentido de proteção ao trabalhador foi a Encíclica *Rerum Novarum*¹⁶, de 1891, manifestada por Leão XIII, que, de acordo com Isabel Vaz¹⁷, sustenta “a

temática da justa distribuição, idéia que, tanto quanto o marxismo, esteve na origem da formação das ligas camponesas e operárias, embrião do cooperativismo”.

Segadas Vianna¹⁸ classifica tal documento como integrante de uma primeira fase da universalização da legislação de proteção ao trabalho, qualificando Owen como o pioneiro da idéia de internacionalização desta legislação já em 1815. Ainda no século XIX foi presenciada uma iniciativa governamental por parte da Câmara Francesa, em 1884 e, entre 1889 e 1890, ocorreu em Berlim uma reunião para a discussão das relações trabalhistas, por iniciativa do Imperador Guilherme II.

A segunda fase, para Vianna, iniciou-se em 1901, com a fundação da Associação Internacional para a Proteção Legal dos Trabalhadores, na Basileia. Entre 1905 e 1906 conferências de caráter técnico foram realizadas e, em 1913, em Berna, foram apresentados dois projetos de convenções internacionais proibindo o trabalho noturno aos menores e limitando em dez horas a duração do trabalho de adolescentes e mulheres. Tais projetos não foram assinados em 1914 devido ao início da Primeira Grande Guerra que, para o autor cujo trabalho se menciona, é marco de separação entre a segunda e a terceira fase do processo de universalização da legislação do trabalho.

A terceira fase é marcada pelo Pacto da Sociedade das Nações, a partir do

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

13 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970. p.28.

14 Conforme VIANNA, José de Segadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p.23.

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

16 Conforme VIANNA, José de Segadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 30; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos do direito 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.

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

18 Conforme VIANNA, José de Segadas. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, E. Délio; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963. p. 30-31.

qual foi firmado o compromisso de uma paz mundial, tendo como base a justiça social. Seu artigo 23 reza que os membros desta Sociedade esforçar-se-ão para assegurar condições de trabalho equitativas e humanitárias para o homem, a mulher e a criança, em seus próprios territórios e nos países aos quais se estendem suas relações de comércio e indústria e, com esta finalidade, estabelecerão e manterão as organizações internacionais necessárias, o que coincide exatamente com a Parte XIII do Tratado de Versailles, de 28 de junho de 1919, que instituiu a Organização Internacional do Trabalho.¹⁹

No início do século XX direitos trabalhistas ganharam lugar nas constituições dos Estados, como na mexicana, de 1917, na de Weimar, de 1919 e na Carta del Lavoro, de 1927, denotando o reconhecimento estatal da urgência da sua intervenção nas relações de trabalho.²⁰

3 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A MODIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE PRODUÇÃO

Um incremento das máquinas e da tecnologia permitiram cada vez mais o aumento da produção com menor número de trabalhadores.

O sistema produtivo inicialmente descrito por Smith²¹ sobre o grau de es-

pecialização e divisão do trabalho e os métodos de organização deste criados por Frederick W. Taylor constituem fatores importantes para entendermos os problemas das relações trabalhistas na atualidade.

Segundo Ricardo Carneiro,²² o fordismo, movimento que teve início por volta de 1914, com Henry Ford, introduzindo a jornada diária de oito horas e o five dollar day, pouco mais fez do que implementa os novos conceitos de produtividade de Taylor:

“... através da decomposição de tarefas e da separação entre trabalho manual e intelectual, gerando uma fragmentação entre os níveis de gerência, concepção, controle e execução dentro do processo produtivo.”²³

Para Ford, no entanto, o trabalhador deveria receber melhores salários, de forma que pudesse adquirir os bens que produzia. Isto implicava em direcionar a atenção das pessoas para os benefícios daquele estilo de vida, através da “propagação do american way of life, principalmente pela indústria cinematográfica,”²⁴ impulsionando a internacionalização do modo de produção fordista.

Este processo, todavia, foi interrompido com a crise de 1929, que provocou falências e desemprego nos Estados Unidos, tendo atingido quase todos os países ocidentais cujos empresários

19 Estes fatos não excluem leis limitando horas de trabalho, dentre outros “direitos”, desde 1802, na Inglaterra, mesmo que não correspondessem totalmente aos desejos dos trabalhadores.

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

21 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.78-79.

22 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 Leopoldina da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 42-43.

23 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 Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981. Título original: History of economic thought.p.504-505.

24 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 Leopoldina da Fonseca, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2000. p. 43-46.

havam especulado com as ações proveinentes dos vastos lucros advindos da expansão do mercado consumidor.²⁵

Como a crise deitava suas raízes num acúmulo de produção devido à sua não aceitação pelo mercado externo, principalmente o europeu, o desemprego tornou-se inevitável.²⁶

Superada a crise da década de 30, os Estados Unidos passaram a intervir na economia por meio do New Deal. Após a Segunda Guerra, o fordismo retomou sua proposta globalizante com o Plano Marshall, reabrindo as possibilidades do mercado europeu à produção americana,²⁷ devido aos estragos da guerra.

Com a recuperação econômica do Japão e da Europa Ocidental em meados da década de 60 o modelo fordista iniciou sua queda. Com a alta do petróleo na década de 70 a crise fordista foi agravada, fazendo com que as empresas produzissem novos bens e procurassem novos mercados consumidores, impondo a adequação a novos modelos de organização social e econômica na década de 80.²⁸

As transnacionais, devendo instalarem-se em locais diversos de sua origem, à procura de consumidores, matéria-prima e mão-de-obra baratos, agravaram os

problemas de emprego nos países hospedeiros. Estes não têm tecnologia para competir com os produtos das transnacionais que, operando com menos empregados e maior produção, acarretam o fechamento de estabelecimentos nacionais, gerando mais desemprego. A patologia parece não ter fim, como ressalta o Professor Rosemiro Leal:²⁹

“As crises continuam favorecendo a expansão do mercado consumidor e conseqüentemente o aumento da dependência monetária do Terceiro Mundo (sede incessante das crises)³⁰, cujos credores são os grandes oligopólios, EMN,³¹ Empresas Transnacionais, cartéis, corporações financeiras internacionais.”

Estas novas experiências portanto, exigiram uma modificação das relações de trabalho, como enfatiza Carneiro:³²

“Os mercados de trabalho, por exemplo, passaram por uma profunda reestruturação, tendo o poder sindical sido enfraquecido pela modernização dos processos produtivos, pela forte volatilidade do mercado, pelo aumento da competição, pelos enormes contingentes de mão-de-obra excedente (desempregados) e pela implosão dos

25 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.

26 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.

27 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.

28 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. 48-49.

29 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.

30 Destaque do autor.

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

32 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.

modelos tradicionais de organização da classe trabalhadora, os quais dependiam, em grande medida, do acúmulo de operários nas fábricas. Os contratos de trabalho passaram a ser flexibilizados, com a redução aparente do emprego regular e permanente e sua substituição pelo trabalho temporário, subcontratado ou terceirizado.”

4

A LEI TRABALHISTA NO BRASIL

Para conhecermos as leis referentes às relações de trabalho no Brasil podemos nos dirigir brevemente ao relato de Segadas Vianna.³³

A primeira Constituição do País, seguindo os ideais liberais do século XIX, extinguiu as corporações de ofício, assegurando a liberdade do trabalho. Em 1888 foi abolida a escravidão, cuja liberdade conferida aos escravos nos parece semelhante àquela DECLARADA aos trabalhadores das corporações que, sem preparo ou capital, não poderiam deixar de servir aos mais fortes.

Em 1903 permitiu-se a organização sindical, após aquele período de individualismo que impedia a união de trabalhadores para lutar pelos seus direitos. A Lei de Acidentes de Trabalho foi aprovada em 1919.

Em 1923 instituiu-se o seguro social para os ferroviários; em 1925 foi aprovada a Lei de Férias.

Em meio ao governo populista foi criado, em 1930, o Ministério do Trabalho, com a aprovação da Lei Sindical no ano seguinte. Em 1932 veio a Lei sobre Convenções Coletivas, tendo sido criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento.

O primeiro grande instituto de seguro social foi criado em 1934 e a lei de indenização sem justa causa foi editada em 1935. Em 1936 foram criadas as

Comissões de Salário Mínimo e a Justiça do Trabalho foi organizada em 1940.

Após todos estes documentos, a Consolidação das Leis do Trabalho foi aprovada em maio de 1943 e o direito de greve reconhecido três anos depois, tendo gerado um total superior a mil e duzentas greves entre 1957 e 1960.³⁴

Passado aquele período e a repressão da ditadura, os direitos trabalhistas foram alçados à categoria constitucional em 1988, no artigo 7º, e os direitos coletivos no artigo 8º.

Imperam hoje tanto as regras prescritas na Consolidação das Leis do Trabalho e leis esparsas, como os dispositivos da Constituição, mesmo sendo muitos deles reflexos de uma época em que a excessiva regulamentação era imprescindível.

Ao contrário, o resultado da aplicação hodierna de determinados dispositivos daquelas leis acarreta prejuízos ao próprio trabalhador, uma vez que não se adaptam à realidade econômica.

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

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

5 OS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Atualmente, no Brasil, iniciar ou mesmo continuar um empreendimento tem se tornado inviável. Isto se deve à elevada carga tributária que recai sobre as relações de trabalho, que, quando não encarecem os produtos finais para o consu-

midor, desencadeia processos de falência e a conseqüente perda de empregos. Justificado está nosso interesse pelo tema, uma vez que elevados tributos comprometem a livre iniciativa, consagrada no artigo 170, caput da Constituição vigente e alguns dos princípios da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais.

De acordo com o ordenamento jurídico vigente, são estes os tributos a serem pagos pela empresa:

TRIBUTUO	EMPREGADO PAGA	EMPREGADOR PAGA
PIS		rural (pessoa jurídica) : 0,65 % sobre a receita bruta urbano: 0,65 % sobre a receita bruta da empresa
COFINS		3% sobre o faturamento bruto
INSS	7,65%, 8,65%, 9% ou 11%	indústria 28,8% sobre a folha de pagamento comércio 27% sobre a folha de pagamento rural: 2% sobre a receita bruta sobre a retirada de pro labore dos sócios 20 %
FGTS		8% sobre a folha de pagamento
CONT. SINDICAL	1 dia de serviço ao ano	até 150 x v.r. ¹ = 0,8% de 150 a 1.500 x v.r. = 0,2 % de 1.500 a 150.000 x v.r. = 0,1% de 150.000 a 800.000 x v.r. = 0,02 %
CONT. SOCIAL		Sobre o lucro real 9% Sobre o lucro presumido 1,08%
ICMS		de 7% a 35%
IPI		de 0 a 75%
IRPF		até R\$ 900,00 por mês = isento de R\$ 900,00 a R\$ 1.800,00= 15% acima de R\$ 1.800,00= 27,5%
IRPJ		15%
ISS		3% é o básico mas varia de 1 a 20%
SIMPLES	Condição: se a receita for até de R\$ 1.200.000,00 e não for excluído pela lei	Varia de 3% a 9,1 %, conforme tabela abaixo
inclui: PIS, COFINS, CONT. SOCIAL, IR, INSS da empresa		até R\$60.000 3% comércio 3,5% indústria
No caso da indústria inclui também o IPI, por isso a diferença de 0,5%		de R\$60.000 a R\$90.000 4% comércio 4,5% indústria de R\$90.000 a R\$120.000 comércio 5% indústria 5,5% acima de R\$ 120.000 deixa de ser micro e passa a ser epp ² de R\$120.000 a R\$240.000 comércio 5,4% indústria 5,9% de R\$240.000 a R\$360.000 comércio 5,8% indústria 6,3% de R\$360.000 a R\$480.000 comércio 6,2% indústria 6,7% de R\$480.000 a R\$600.000 comércio 6,6% indústria 7,1% de R\$600.000 a R\$720.000 comércio 7% indústria 7,5% de R\$720.000 a R\$840.000 comércio 7,4% indústria 7,9% de R\$840.000 a R\$ 960.000 comércio 7,8% indústria 8,3% de R\$960.000 a R\$1.080.000 comércio 8,2% indústria 8,7% de R\$1.080.000 a R\$1.200.000 comércio 8,6% indústria 9,1%

35 v.r. = Valor de referência.

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

Pelo quadro acima é possível vislumbrar o quanto custa o exercício da atividade econômica no País, mesmo com a instituição do SIMPLES, que não dispensa empregador e empregado do pagamento das contribuições sociais.

A inclusão destas contribuições no quadro pode causar espanto, justamente pelo fato de, em alguns casos também ser devida pelo empregado, seu maior “interessado”. No entanto, entendemos imprescindível sua inclusão no rol dos tributos incidentes sobre a empresa, em seu conceito de conjunto dos fatores de produção, porquanto esta, junto ao Poder Público, é responsável pela vida econômica e bem-estar da coletividade, na medida em que, através do oferecimento de empregos, colabora para o incremento dos institutos da repartição e consumo.

Embora o artigo 145 da Constituição Federal, em seus incisos I, II e III, respectivamente, delimita os tributos entre impostos, taxas e contribuições de melhoria, as contribuições sociais ora adotam característica de cada uma das espécies de tributo.

Como o próprio artigo 149 da atual Constituição, referindo-se ao 195, § 6º prevê a observância dos princípios da legalidade e anterioridade, exceto para as contribuições de seguridade social, devem as contribuições sociais obedecer as regras do Direito Tributário. Assim dispõe Hugo Machado:³⁷

“Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucional-

mente definida, a saber, a intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social”.

Interessam-nos, sobretudo, as contribuições de seguridade social, que têm feito tanto trabalhador como empregador sentir seus efeitos econômicos através do desemprego, da falência e de uma terceira via, denominada informalidade.

De conformidade com o artigo 194, caput da Constituição de 1988, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A competência para a instituição destas contribuições é exclusiva da União, sendo que, pelo artigo 165, § 1º, III da Constituição Federal, esta espécie de tributo ingressa diretamente no orçamento da seguridade social por lei anual, “abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta e indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”

O fato de os outros entes da federação poderem instituir as mesmas contribuições não exclui a supremacia da União nesta competência, vez que é válido somente para os respectivos servidores. Desta maneira, todos os outros recursos ingressos direcionam-se ao Tesouro Nacional, apesar da descentralização e administração participativas elencadas no artigo 194, parágrafo único, VII da Constituição vigente.³⁸

Não é desconhecida a ineficiência de administrações centralizadas, sendo no-

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

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

tórios os problemas da assistência à saúde, assistência social, previdência e aposentadoria da maioria da população. Estes fatos, no entanto, vão de encontro com o artigo 149 da Constituição, que caracteriza as contribuições sociais pela sua finalidade, vinculando a relação jurídica entre os órgãos do Poder Público e o contribuinte.³⁹

Não obstante muitos possam contrariar a posição acima, alegando não caber ao Direito Tributário questionar a destinação da arrecadação⁴⁰, concordamos com o Professor Werther Botelho, ao afirmar que as contribuições sociais têm afetação obrigatória⁴¹ e ainda: “O destino da arrecadação é elemento legitimador da exação tributária.”⁴²

Assim, a desproporção entre arrecadação e gastos torna aquela injustificada. Sobre o quanto arrecadado pela União em contribuições esclarece Machado:⁴³

“O exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, que representavam, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passou a oscilar entre 110% e 121% nos anos de 1990 até 1994. Em 1995 a arrecadação dessa contribuições correspondem a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos.”

Se o ingresso é tanto e os gastos não atingem os fins para os quais o tributo foi criado, favorece a proposital sonegação. Por outro lado, as elevadas alíquotas levam ao desemprego e à informalidade, fazendo com que inúmeros trabalhadores prefiram garantir-se de investimentos privados. Tal fato, por sua vez, acarreta maior ônus aos contribuintes, porquanto mesmo os não pagadores devem ser (mal) assistidos pela seguridade social, como dispõe o artigo 203 da Constituição Federal.

6

OS APELOS PELA FLEXIBILIZAÇÃO

Já foi comentada a necessidade da instituição de normas de proteção ao trabalho. A importância destas normas, portanto, reveste-se de caráter histórico, tornando-as obsoletas e até prejudiciais em determinados momentos.

Vive-se numa época globalizada, na qual a tecnologia ultrapassa as fronteiras estatais na figura das transnacionais, espelho do poder econômico privado. É impossível sobreviver economicamente com os meios produtivos de poucos anos atrás. Da mesma maneira, o trabalho deve sofrer uma evolução, sob pena de prejudicar o que dele precisa, como expõe Díaz:⁴⁴

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

40 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.”

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

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

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

44 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.

“La revolución en los medios de comunicación y las innovaciones tecnológicas para sancionar las dos principales dimensiones de estas transformaciones producen alteraciones sustanciales en el funcionamiento de la economía. Las distancias se estrechan, los tiempos se acortan, las barreras geográficas desaparecen, los ritmos de producción se aceleran, la competitividad es cada vez más exigente. La internacionalización de todas las dimensiones de la vida, en particular de la economía, es un dato nuevo que no podemos ignorar.”

Tal evolução também é responsável pelo desemprego, vez que a automação vem substituindo o trabalho humano, principalmente nos países da periferia, onde as transnacionais se instalam, fechando estabelecimentos nacionais incapazes de produzir com a mesma eficiência a baixo custo.

Não só o desemprego como também a informalidade têm preocupado os mais avisados, sendo este fato em muito atribuído às rígidas normas trabalhistas e, inclusive, ao “custo não-salarial de uma contratação legal,”⁴⁵ no pertinente aos encargos sociais.

Segundo Antonio Ermírio de Moraes,⁴⁶ apesar de o desemprego no Brasil ser menor que na Alemanha, França, Argentina, Itália e Espanha, mais de sessenta por cento dos brasileiros trabalham sem proteção e nenhuma contribuição.

Clama-se a adaptação do mundo jurídico à mudança da realidade dos fatos sociais, evidenciando o Enunciado 342 a “irreversível presença da flexibilização do Direito do Trabalho nos Pretórios Trabalhistas”.⁴⁷

Esta adequação do Direito à realidade foi feita em países mais desenvolvidos por várias formas. Não se deve esquecer, todavia, que em tais países a arrecadação é louvada pela boa distribuição de recursos, não deixando o trabalhador ou o desempregado sem o devido amparo.

Enquanto para as mentes liberais a flexibilização soa como maximização de lucros, para os “intervencionistas” lembra desproteção. Unindo-se ambas poder-se-ia chegar a um consenso sócio-econômico, através do qual capital e trabalho possam harmonizar-se.

Uma das formas de flexibilização são os acordos coletivos, por meio dos quais há efetiva concertação entre as classes aparentemente opostas sobre as condições de trabalho.⁴⁸

No Chile, a flexibilização se deu a partir dos Decretos- Leis 2756 e 2758, de 1979⁴⁹ sobre o direito sindical, sobre isto dispondo Tapia:

“... el proceso flexibilizador de las relaciones individuales unido a las restricciones impuestas en el derecho sindical, conformaron el marco normativo vigente a 1990, a lo que debe agregarse una serie de disposiciones que reforzaron el ámbito de la autonomía privada individual.”

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

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

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

48 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.

Naquele mesmo País, em 1994, um novo Código do Trabalho foi publicado, passando a contratação por tempo determinado para um ano, dentre outras normas.⁵⁰

Os Estados Unidos são outro exemplo de flexibilização das relações de trabalho, em especial no Silicon Valley. Se muitos vão contra a tomada de alternativas para a questão do desemprego, outros procuram soluções possíveis.

Estima-se que relações trabalhistas existentes por intermédio de agências de trabalho temporal representam um por cento do emprego total nos Estados Unidos.⁵¹

O part-time job, muito comum na Inglaterra, também serviu como solução nos Estados Unidos.⁵² Ainda, o trabalho por conta própria, os trabalhadores a domicílio não declarantes e as relações de subcontratação fazem hoje parte do quadro americano.⁵³ Neste ponto vê-se possível uma solução para os problemas causados pela tecnologia, visto tratarem os Estados Unidos um dos países tecnologicamente mais desenvolvidos do planeta.

Estas situações de flexibilização, ao contrário do que se pode prever num primeiro momento, de forma alguma trazem o completo abstencionismo estatal. Conforme Evans- Klock, Kelly, Richards e Vargha,⁵⁴ a intervenção das autoridades públicas dá-se por:

“1- Subvenciones a trabajadores para reducir su jornada de trabajo normal, a fin de repartir el empleo entre un porcentaje mayor de la fuerza laboral total.

“2- Medidas para reducir la oferta de mano de obra, generalmente incentivando la jubilación anticipada.

“3- Incentivos a los empleadores para que readiestren o redistribuyan a los trabajadores en vez de prescindir a ellos.”

O Estado, nesse sentido, deve agir não só como remediador, mas também como responsável pelo futuro do trabalho através de programas de capacitação, como bem ressaltam os autores acima citados:⁵⁵

“Junto a las medidas encaminadas a evitar o limitar despidos, especialmente cuando resultan inadecuadas o insuficientes, los programas de activación del mercado de trabajo pueden mejorar la capacidad de los trabajadores para conseguir un empleo y la de la economía para crear nuevos puestos e trabajo.”

Ainda, os mesmos autores descrevem a situação da flexibilização na Alemanha:⁵⁶

49 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.

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

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

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

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

54 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.

55 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 também FOUCAULD, Jean Baptiste de. Sociedad posindustrial y seguridad económica. In: *Revista Internacional del Trabajo*. v.115. n.6. 1996. p.733-739.

56 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.

“En Alemania, en los casos de despido colectivo los comités de empresa tienen derecho a elaborar unos acuerdos que son vinculantes jurídicamente, los llamados ‘planes sociales’, donde exponen las propuestas alternativas y la compensación que se debe dar a los trabajadores.”

Portanto, necessária é a flexibilização, sem, contudo, abster-se totalmente o Estado de disciplinar sobre as relações de trabalho, criando alternativas para os problemas advindos da automação através de oportunidades de capacitação de trabalhadores, como é feito nos Estados Unidos, onde, quanto mais tecnologia, mais empregos, dentro da realidade. Isto possibilita o CONSUMO pelos trabalhadores, tendo em vista a REPARTIÇÃO de renda e salários e conseqüente aumento da PRODUÇÃO, todos, institutos de direito econômico⁵⁷, diretamente ligados ao pleno emprego.

7 CONCLUSÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NECESSÁRIA E PRUDENTE

Foi mostrada a necessidade da flexibilização como meio viável de diminuir os índices de desemprego, promovendo mínimas condições de existência digna.

Para tanto, descrevemos sucintamente experiências de países que vivem uma política trabalhista adequada à situação atual.

Inobstante sermos a favor da flexibilização pelo concerto nas relações de trabalho, abandonando dispositivos que não interferem na dignidade do trabalhador, entendemos urgente uma reformulação do próprio Estado, no que concerne ao voraz desejo de arrecadação de tributos. Isto porque, como ficou demonstrado, as contribuições sociais incidentes sobre as relações de trabalho são em grande parte responsáveis pelos elevados preços dos produtos consumidos – devido aos tributos, processos de falência e seus efeitos econômicos no desemprego e conseqüente queda do consumo. E o que dizer dos encargos incidentes sobre o trabalho do empregado doméstico, cujo patrão não tem para quem repassar – consumidor – os gastos efetivados? Esta é uma das situações que têm tornado o desemprego inevitável.

Para alguns estas palavras podem parecer “liberais”, de forma que o trabalhador ficaria desprotegido. Não se trata, contudo, de extinguir benefícios do trabalhador, até mesmo porque nossa seguridade social vem, há muito, desatendendo seus fins. Trata-se de limitar a tributação sobre as relações de trabalho para tornar o emprego possível, pois vimos que as contribuições perfazem a maior parte da arrecadação da União.

Se uma das finalidades do tributo é a destinação em desenvolvimento, pleno emprego e bem-estar social,⁵⁸ é de se supor ser a Previdência Social capaz de oferecer saúde, aposentadoria e segurança, uma vez que sua arrecadação é vinculada a seus gastos.

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

58 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.

Sobre o que entendem por seguridade social, ensinam Berríos e Davis:⁵⁹

“El seguro social no es sólo una función económica, sino un campo de acción en las diversas situaciones de la vida colectiva. Actúa también como elemento de cultura, de previsión, de salubridad, da paz. El seguro social regula el trabajo, la economía, la seguridad del asalariado, la justicia social, persigue el equilibrio y el bienestar común. Es una institución que mediante aportes obligatorios, distribuidos equitativamente entre el patrón, el trabajador y el Estado, tiende a cumplir los deberes que tiene la sociedad de procurar al asalariado una vida mejor y libre de temores y una vejez exenta de miseria y mendicidad.”

Dentro deste contexto de existência digna inclui-se o direito à habitação, cujo exemplo temos a Alemanha do pós-guerra, procurando solucionar este problema de ordem econômica, como descreve a Professora Isabel Vaz:⁶⁰

“... adoção de técnicas jurídicas destinadas ao estímulo à poupança para a reconstrução de casas, à proteção ao trabalhador, à ampliação da assistência e da seguridade sociais, tendência aperfeiçoada através das técnicas de co-gestão.

“... ao surgir o problema do alojamento na Alemanha ocidental, a questão assumia o caráter de calamidade pública, pois, segundo as informações já mencionadas, 70% da população estavam desabrigados. A solução foi encontrada aos poucos, mas não foi imposta. Os trabalhadores

começaram a ser conscientizados para a importância de possuir um bem que lhes proporcionasse segurança, mas para cuja obtenção precisavam contribuir, juntando seus esforços aos incentivos oficiais. A concretização do princípio constitucional da propriedade privada começou com uma ‘política patrimonial’...

“... a construção da casa própria fora encorajada desde o início. Os depósitos efetuados nas caixas econômicas habitacionais dão direito à percepção de bônus do estado ou a isenções fiscais. Empréstimos públicos em condições especiais ou subvenções ao pagamento dos juros estão previstos para quem se dispõe a construir sua casa. Terminada a construção, reduções fiscais mediante amortizações aceleradas e isenções temporárias de impostos prediais são concedidas. A partir de 1950, foi instituída uma poupança beneficiada por prêmios, segundo a qual quem depositar a prazo fixo por 6 ou 7 anos uma certa quantia (até um limite máximo pré-fixado) recebe um prêmio do estado correspondente a 14% da soma da poupança depositada. Se a pessoa possui filhos, a cada um corresponde uma elevação do prêmio em 2%.

“Em 1970 foi aprovada a chamada ‘Lei dos DM’. Nos termos desta lei, o trabalhador cuja renda tributável não ultrapasse 24.000 DM, se solteiro, e 48.000 DM, se casado, recebe uma subvenção do estado denominada ‘adicional de poupança do asalariado’, de pelo menos 30%, caso deposite ao ano 624 DM (52 DM ao mês) como capital ‘gerador de patrimônio’. O depósito deve ser a longo prazo, sob a forma de poupan-

59 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.

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

ça, ou contrato de poupança para habitação, seguro de vida ou compra de ações da empresa empregadora.

“Em alguns casos, e conforme a maior parte das convenções coletivas de trabalho, os 624 DM são pagos quase integralmente pelas empresas.

“Quando a convenção coletiva o determina, as ‘contribuições geradoras de patrimônio’ são depositadas todo mês, diretamente na conta de poupança do assalariado. O dinheiro não passa por suas mãos, mas também não constitui retenção de parte do salário a ser recolhido aos órgãos previdenciários, como no Brasil.”

Observando o modelo alemão, no qual o trabalhador possuía uma poupança para solucionar problemas como a habitação, pensamos que o mesmo poderia ser feito no Brasil, também para outras necessidades do trabalhador. Uma conta privada diminuiria os riscos de desvios de receitas, solucionando grandes problemas urbanos. Se possuímos FGTS e PIS/PASEP, cujos rendimentos podem ser retirados em circunstâncias especiais e não se dispõe do mínimo que a seguridade social garante, os inúmeros encargos exercidos sobre as relações de trabalho não se justificam.

Assim, os benefícios da seguridade devem ser revestidos para as necessidades do trabalhador, contribuindo para sua plena formação como agente participativo das decisões da comunidade.

A adoção do modelo alemão adaptado à realidade nacional atual em muito atenuaria os problemas de ordem econômica. Os encargos são suficientemente

altos para tanto. Impende modificar o quadro tributário nacional no que concerne à empresa e às relações de emprego para alcançar o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição, vinculantes a qualquer governante.

Estamos portanto, de acordo com Ives Gandra,⁶¹ ao comentar sobre a diminuição da máquina administrativa e da cobrança de tributos sobre o patrimônio em prol do desenvolvimento:

“Tal orientação, provavelmente, desencadearia elevado nível de desenvolvimento econômico, com a conseqüente elevação do nível social do país, no que o progresso e a justiça social far-se-iam, com possibilidades de absorção da mão de obra pública dispensável na própria expansão do mercado privado.

“Paralelamente, à redução de encargos tributários sobre o trabalho e a produção, poder-se-ia elevar a tributação sobre acréscimos patrimoniais, de toda a espécie, ou seja, em ganhos de capital, heranças...

“Uma política tributária orientada para o desenvolvimento econômico e justiça social, que não tiver na sua essência o estímulo ao trabalho e à produção, compensando a redução de encargos pela tributação sobre acréscimos patrimoniais, termina por não provocar desenvolvimento econômico nem justiça social e gera insatisfações de tal ordem que qualquer processo de pleno exercício dos direitos e garantias democráticas fica comprometido.”

61 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.

Assim sendo, mesmo que a longo prazo, a flexibilização é mister tanto para a satisfação do empregador quanto do empregado. Para o primeiro, porque poderá continuar ou mesmo incrementar a PRODUÇÃO, uma vez que terá mercado consumidor para seus produtos. Para o último, porque, a partir da melhor REPARTIÇÃO da renda e do salário, poderá CONSUMIR aquilo que produz. Isto provoca uma inevitável relação de continuidade entre estes três institutos de Direito Econômico, quais sejam, a PRODUÇÃO, a REPARTIÇÃO e o CONSUMO. Esta nova forma de direção das relações de trabalho, longe de sacrificar direitos mínimos do trabalhador, deve auxiliá-lo em seu pleno desenvolvimen-

to. Merece deixar frisado que a modificação daquelas relações unicamente no âmbito privado termina por prejudicar o hipossuficiente. Somente se conjugada com uma reformulação do Estado arrecadador a flexibilização das relações laborais poderá cumprir seu fim através da economicidade, princípio que eleva o Direito Econômico ao patamar de ciência de caráter eminentemente humanitário.

Por tudo, pensamos como Ford, no que concerne à capacidade do trabalhador de poder consumir aquilo que produz, o que possibilita a efetividade dos direitos fundamentais à propriedade por meio do respeito à ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização social do trabalho.

referências bibliográficas

- BOTELHO, Werther. **Da tributação e sua destinação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BRONSTEINS, Arturo. Reforma laboral en América Latina. **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1. primavera 1997.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Ordem jurídico-econômica e trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- 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.
- CARNOY, Martin; CASTELLS, Manuel; BENNER, Chris. Flexibilidad en Silicon Valley. **Revista Internacional del Trabajo**. v.116. n.1, primavera 1997.
- DÍAZ, Eugenio. Experiencias de concertación social en la evolución del quadro político chileno. **Debate Laboral. Revista Americana e Italiana de Derecho Del Trabajo**. año 5. v.11, n. 2, 1992.
- EVANS-KLOCK, Christine; KELLY, Peggy; RICHARDS, Peter; VARGHA, Corine. Reducciones de plantilla: medidas preventivas y de reparación. **Revista Internacional del Trabajo**. v.118. n.1. 1999.
- GAETE BERRÍOS, Alfredo; SANTANA DAVIS, Inés. **Seguridad social: estudio teórico-práctico de la nueva legislación chilena y comparada**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1957.
- HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. Trad. Therezinha M. Deustsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Coleção Os economistas. Título original: The wordly philosophers.

- 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.
- ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais**. 2.ed. revista e atualizada. Leme: Ed. de Direito, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito econômico e tributário: comentários e pareceres**. São Paulo: Resenha Tributária/ FIEO- Fundação Instituto de Ensino para Osasco, 1982.
- MORAES, Antonio Ermírio. **Um bom começo!** Folha de São Paulo. Caderno Opinião. Dom. 14 de maio de 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Fundamentos de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1970.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21.ed. São Paulo: LTr, 1994.
- RODRIGUES, Antonio Carlos Menezes. Flexibilização e alteração contratual. **LTr. Suplemento Trabalhista**. São Paulo: Ano 32. 045/96.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 3.ed. v.1. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- TAPIA GUERRERO, Francisco. Autonomía colectiva y legislación del trabajo en Chile. **Debate Laboral. Revista Americana e Italiana de Derecho Del Trabajo**. año 5. v.11 n. 2, 1992.
- VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.



UNIJUS

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Paulo Leonardo Vilela Cardoso*

sumário

1. Introdução
2. Conceito de Prescrição
3. A Prescrição Intercorrente
4. Suspensão do Processo Executivo
5. Classificação das Normas Suspensivas
6. A Suspensão do Processo Executivo e a Prescrição Intercorrente
7. Conclusão
8. Referências bibliográficas

resumo

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que, embora haja divergência na doutrina e jurisprudência, não ocorre a prescrição intercorrente, quando a execução por quantia certa contra devedor solvente resta suspensa, a requerimento do credor, pela inexistência de bens penhoráveis.

1 INTRODUÇÃO

Processualmente tem-se em mãos um universo de procedimentos postos à disposição dos credores para a recuperação de seus créditos, mas às vezes o próprio remédio jurídico torna-se ineficaz, trazendo à tona a instauração da “crise” processual. Entre nós esta crise ocorre principalmente quando o Processo Executivo é suspenso por não ter o devedor bens suscetíveis de constrição, culminando no sobrestamento temporário do procedimento. A dúvida, que se pretende ver dissolvida através do presente trabalho, resume-se no tempo deste sobrestamento, ou seja, qual o prazo fixado para por fim a suspensão do processo caso o credor, embora diligente,

não encontre bens em nome do executado. Isto porque, alguns doutrinadores acreditam que esta suspensão não pode ser eterna já que se esbarra num preceito de direito material, qual seja: a prescrição intercorrente. Por outro lado, surge uma vertente contrária, sustentada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, que estando suspensa a execução a requerimento do credor, pela inexistência em nome do devedor, de bens penhoráveis, não tem curso o prazo de prescrição, restando o processo executivo suspenso por tempo indeterminado.

Percebe-se, com clareza, que a matéria é polêmica sendo motivo de controvérsias na doutrina e jurisprudência. Contudo, para buscar uma solução para o caso, é preciso conceituar e analisar profundamente os institutos da Prescri-

* 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.

ção (Direito Material) e também os casos de suspensão e extinção do Processo Executivo (Direito Processual).

2

A PRESCRIÇÃO

Antes de conceituarmos a prescrição, torna-se necessário buscar nas fontes do Direito os fundamentos que criaram o instituto.

Câmara Leal,¹ remontando as fontes romanas, encontrou três fundamentos da prescrição, quais sejam: a) o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas, evitando as controvérsias; b) o castigo à negligência; e c) o do interesse público”. Colocada a questão neste contexto, deve-se reconhecer que o principal fundamento da prescrição é o interesse jurídico-social, considerando que o instituto da prescrição, medida de ordem pública, que tem por finalidade extinguir as ações, para que a instabilidade do Direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social.

Diante dos fundamentos que criaram a Prescrição, Clóvis Beviláqua, citado por Washinton de Barros Monteiro, assim conceituou o instituto:

“prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso dela, durante determinado espaço de tempo”.²

Câmara Leal³, por sua vez, conceitua prescrição como sendo:

“a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.”

Extrai-se, portanto, deste conceito, que para ocorrer a prescrição há que se conjugar os seus diversos elementos integrantes, quais sejam a) Objeto: ação ajuizável; b) Causa eficiente: a inércia do titular; d) Fator operante: o tempo; e) Fator neutralizante: as causas legais preclusivas de seu curso; f) Seu efeito - extinguir as ações. Desta forma, se o titular do direito pleiteado em juízo, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando para a permanência do desequilíbrio anti-jurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi o que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa consequência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.

Como visto, a prescrição foi criada para por fim ao direito de ação do titular do direito, em virtude de sua inércia, privilegiando, assim, a segurança jurídica e a ordem social.

Conclui-se, também, que não é a inércia momentânea que a lei pune com a prescrição, mas sim, a inércia prolongada, fruto da negligência do titular do

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

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

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

direito. Por esta razão, a lei fixa um prazo para o exercício da ação. Passado o prazo fixado para o ajuizamento da ação, sem que a esta seja ajuizada, opera-se a prescrição, ficando o titular privado de seu exercício

3 DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição pode ser intercorrente, ou seja, após a citação, se o processo ficar paralisado, a prescrição interrompida inicia novo curso e com o mesmo prazo, referente a pretensão condenatória, a contar da data da paralisação.

O Código Civil, no art. 172, I, dispõe que a prescrição se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente. Desta forma, a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper.

Qual é, porém, o último ato do processo a que se refere o artigo 173 do Código Civil?

AMILCAR DE CASTRO, bem examinando o assunto considera que o artigo 173 pode significar tanto o último ato do processo, ou seja, a sentença, como o último ato praticado, seja ele qual for, asseverando, ao final, que ainda paralisada a demanda em seu andamento, por tempo superior ao da prescrição, esta não se consuma e só recomeça a correr da sentença positiva de acolhimento.⁴

Porém, para analisarmos a prescrição intercorrente, teremos que levar em consideração todos os requi-

sitos exigíveis para a ocorrência em geral, ou seja, a inércia do titular da ação, durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

4 SUSPENSÃO DO PROCESSO EXECUTIVO

O Código de Processo Civil Brasileiro, prevê em seu artigo 791, as hipóteses previstas para suspensão do processo de execução, ou seja: a) embargos do executado; b) morte ou perda da capacidade processual; c) convenção das partes; d) exceções; e) falta de bens penhoráveis.

Neste trabalho, porém, analisaremos somente a hipótese prevista no artigo 791, III do CPC, ou seja a suspensão 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 §§)

⁴ Castro, Amílcar. “Prescrição de direito no curso da lide”. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 124, p. 17

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.⁵

5 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS SUSPENSIVAS

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”.⁶

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁷, 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 Júnior⁸ a resposta é negativa, considerando que o objeto da execução forçada são os bens do devedor, dos quais se procura extrair

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

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

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

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

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 embarcos 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 Assis⁹ 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 “suspenso o 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, suspenso o 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 Assis¹⁰, prevê, em seu artigo 40, que

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

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

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. Conclui-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.

referências bibliográficas

- 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 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.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**, 13. ed. São Paulo: LEUD, 1989.



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 teóricas e metodológicas da proposta
 - 2.1. A Sociolingüística 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 Sociolingüística como uma teoria lingüística que se propõe a buscar o que de social é constitutivo da linguagem e que coloca a ação lingüística ao lado da ação não-lingüística, de modo a compreender o ato lingüístico simultaneamente ao ato social. São examinadas nas marcas lingüísticas 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.

1 INTRODUÇÃO

“A sociolingüística difere de algumas preocupações anteriores com as relações língua sociedade, pelo fato de que, seguindo novas perspectivas da própria lingüística, 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

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

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

*** Ormezinda Maria Ribeiro, 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

texto legal, esse artigo procura apresentar a Sociolinguística como uma teoria linguística que se propõe a buscar o que de social é constitutivo da linguagem e que, sobretudo, coloca a ação linguística ao lado da ação não-linguística, de modo a compreender o ato linguístico simultaneamente ao ato social.

A questão posta em relevo por essa teoria é exatamente como considerar aquilo que é socialmente constitutivo. Uma teoria linguística 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 Sociolinguística, sem, entretanto, deixar de considerar os aspectos semânticos, pragmáticos, argumentativos e discursivos 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 linguísticas de argumentação do corpus selecionado. As relações intertextuais que ora queremos fazer só podem ser explicitadas por uma teoria linguística 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 linguística imanente, que encaminha para uma análise literal em seu sentido restrito, mas de uma proposta, cujo cerne está na desconstrução do sentido literal, pela análise linguística que desmascara o uso da linguagem como instrumento de comunicação na ordem do consenso, pauta-se basicamente no princípio de que as convenções são de natureza social e só uma teoria como a Sociolinguística, 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 Sociolinguística 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 articulam, da mesma forma que a Sociolinguística distingue que a variação é sistemática 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 Sociolinguística, uma vez que os pontos em comum na consideração do objeto de que tratam são evidentes. Para essa lingüista, o termo sociolinguística 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 necessá-*

ria 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 sucessivos 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 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. (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 estaduais 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 Consultente:

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 Consultente 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 as-

segurado 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 sis-

tema 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, abrindo 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 contribuição 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 enfocado 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 Temmer, 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 descharacterizar 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 cons-

tituídos de elementos de valor essencialmente argumentativo, posto que sua seleção, pelos redatores e analistas do texto constitucional, 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 una, 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 considerar 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 entonação 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 exercitar 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.

referências bibliográficas

- ANSCOMBRE, J.; DUCROT, Osvaldo. "L' argumentation dans la langue" **Langages** 42. Paris: Didier-Larousse, 1976, p.5-27.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- COELHO, Edhieres, 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. **Engager la conversation: introduction à la sociolinguistique interactionnelle**. 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 processo 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 Bibliografia

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 ímpetus do **improbus litigator**.

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

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

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 mecanismos 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 PROBIDADE 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 probidade.

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 probidade, 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.¹

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*

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

*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.*²

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.³

O professor Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil promulgado no ano de 1973 já alertava em sua exposição 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 compece 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 BARCAROL⁴

“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.”⁵

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

3 Ibid., mesma página.

4 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.

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

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.⁶

A lealdade e a boa-fé, segundo AR-RUDA 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”.⁷

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.⁸

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.⁹

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 indevidamente de remédios processuais para fazer prevalecer sua pretensão injusta.

A boa-fé é, em síntese, segundo ALVINO LIMA, “a regra fundamental das relações humanas, quer na consti-

6 Aristóteles Atheniens, O Estado e a Lealdade Processual, publicado na RJ nº 237 de julho de/97, p.39.

7 CPC Comentado”, vol. II/131

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

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

tuição 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.¹⁰

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 pro-

nunciada, 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 proibidade 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

¹⁰ Alvinio Lima, citado no acórdão da 1ª Turma do STF 17/03/87 - relator Sydney Sanches, decisão transcrita na RTJ 130/792.

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 entre 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).¹¹

Na repressão à litigância de má-fé não importa que o “improbus 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.¹²

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, ressalvando, evidentemente, as situações previstas no art. 347, do CPC.

O juiz e o advogado são responsáveis pela celeridade do processo, cabendo 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.¹³

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.¹⁴

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 sen-

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

12 Ibid., mesma página.

13 Cândido Rangel Dinamarco, Instrumentalidade, p. 70.

14 Cappelletti Giudicci, Legislatori, p. 6.

tiam, posto que protegidos nos mandatos recebidos. A única falha contida no referido 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 BARBI,¹⁵ 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), advida, 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.¹⁶

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 ad-

¹⁵ Comentários, nº 164, p. 175.

¹⁶ Clito Fornaciari Júnior, O ADVOGADO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, Publicada no Jornal Síntese nº 37 - MAR/2000, p. 13.

vogado 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 prática 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 “deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de 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.¹⁷

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.¹⁸

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.

¹⁷ Manoel Hermes de Lima, Litigância de Má-fé - Solidariedade do advogado com a parte, R.Ltr. 59-01/34, 1995.

¹⁸ Revista Forense, 247, p. 21/22.

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 coíbe 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 fática plenamente demonstrável e não significar, tão-somente, o temor do requerente em sua avaliação subjetiva.¹⁹

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

instruam. 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*).²⁰

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.²¹

As medidas cautelares são provisórias e, se a sentença na ação principal é contrá-

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

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

21 RTJESP 91/179.

ria à medida cautelar, desaparecem ‘ex tunc’ todos efeitos possíveis daquelas.²²

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 in-

justificada 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, ine-gável 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.²³

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.²⁴

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

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

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

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 exposto, 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.²⁵

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.²⁶

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.²⁷

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

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

27 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.

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 au-

tor demonstrar o abuso que vem sendo praticado pelo réu, para pleitear a antecipação de tutela.²⁸

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.²⁹

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, enquan-

28 J.E.S. FRIAS, op. cit. p.66.

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

to 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, litiga de má-fé, devendo ser condenada na multa específica”.³⁰

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

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

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 falto 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.³¹

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.”³²

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; interpuser 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

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

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

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.

referências bibliográficas

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos da Teoria Geral do **Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Considerações sobre Algumas das **Reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: RT 717/95.
- ATHENIENSE, Aristóteles. O Estado e a Lealdade **Processual**. publicado na RJ n. 237 de julho de 1997.
- BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de **Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Responsabilidade das Partes por **Danos Processuais**. **RP - 10-15**.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARRETO Tobias. Estudos de Direito.

- BONOTO, Cibele. A Litigância de Má-Fé. Revista Justiça do Trabalho, Jurisprudência Trabalhista do Rio Grande do Sul, n. 173, maio/98.
- COUTRE, Eduardo. Os Mandamentos do **Advogado**.
- DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A Repressão da Fraude no Processo **Civil Brasileiro**. São Paulo: **Eud**, 1989.
- DICIONÁRIO Jurisprudencial**, 3. ed., Ed. Revista dos Tribunais.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo **Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: RT, 1987.
- FILHO, Vicente Greco. Direito Processual **Civil Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v.1-3.
- FILHO, Vicente Greco. Reforma do Código de **Processo Civil**, **Coordenador**: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Ponto 33, Litigância de Má-Fé. São Paulo: Saraiva.
- FORNACIARI JÚNIOR. Clito. O Advogado e a Litigância de Má-Fé. Publicada no Jornal Síntese n. 37, MAR/2000.
- GOMES NETO, Indalécio. na Antecipação de tutela Publicada ST nº 77, nov.95.
- LIMA, Alcides Mendonça. Comentários ao Código de **Processo Civil 1974**, v. 6, T. I
- LIMA, Manoel Hermes de, Litigância de Má-fé - Solidariedade do advogado com a parte. R.Ltr. 59-01/34, Rio de Janeiro: 1995.
- LOPES, João Batista. O Juiz e a Litigância de Má-fé. RT 740, 1997.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. p. 903, , 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARQUES, José Frederico. Manual de processo Civil. **Rd**. Saraiva, 1976, v. 4.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo **Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1966.
- NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo **Civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.
- PADILHA, Luiz R. Nuñez. Litigância de Má-Fé no CPC Reformado. Revista de Processo n. 78.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo **Civil**. Rio de Janeiro, 1959, v. 8, p. 295.
- RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Indenização na Litigância de Má-Fé. RT 584/9.
- SANTOS, Ernane Fidelis. Manual de Direito **Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v.1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas do **Direito Processual Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v.3.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo. A Ética Profissional e o **Estatuto do Advogado**. 1984.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Princípio da Proibição e a Repressão à Litigância de Má-fé. COAD, Seleções Jurídicas.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, Antecipação de Tutela e Medidas Cautelares Tutela de Emergência. Revista Jurídica n. 253, nov/98.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual **Civil**. 24. ed, Rio de Janeiro: Forense 1998, v.1.
- TUCCI, Rogrio Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional. Ed. RT 1993.



MINIMALISMO E PRINCIPIOLOGIA PENAL

Edihermes Marques Coelho*

sumário

1. Introdução
2. Linhas do Pensamento Criminológico
 - 2.1. Criminologia Tradicional
 - 2.2. Criminologia Crítica
 - 2.3. Políticas Criminais
3. Sistema Penal e a Idéia de Ressocialização
 - 3.1. A Ressocialização
 - 3.2. O Mito da Ressocialização
4. Pautas de Descriminalização
5. Princípios Jurídico-penais Minimalistas
 - 5.1. Princípio da Intervenção Mínima e Fragmentariedade
 - 5.2. Princípio da Insignificância
 - 5.3. Princípio da Adequação Social
 - 5.4 - Princípio do In Dubio Pro Reu
6. Considerações Finais
7. Referências bibliográficas

resumo

A reflexão deontológica sobre o Direito Penal é realizada fundamentalmente através da Criminologia, a qual se divide em criminologia tradicional e crítica. Delas derivam as diretrizes de política criminal, destacando-se como tendência mais progressista a política criminal minimalista. Para a operacionalização das diretrizes do minimalismo, possibilitando sua aplicação no cotidiano jurídico-penal, é decisiva a importância dos princípios da intervenção mínima, da insignificância, do *in dubio pro reu* e da adequação social.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal, a par das diversas conceituações existentes, pode ser definido como o ramo do Direito Público em que se determinam as condutas consideradas crimes, os apenamentos que lhes são correspondentes e as condições jurídicas – positivas ou negativas – para imposição destes apenamentos. Sua articulação de conteúdo é, portanto, político-normativa: seleciona politicamente condutas como ilícitas e registra-as normativamente.

Vê-se em tal definição que não se inclui a reflexão acerca do que signi-

ficam tais condutas no mundo da vida, muito menos dedica-se o Direito Penal a refletir, a não ser de modo circunstancial e superficial – por exemplo, com o princípio da insignificância, sobre os aspectos sociais e culturais que envolvem o cometimento das condutas criminais.

Esse estudo dos aspectos sociais, políticos e culturais, que situam a conduta no mundo da vida é o objeto central da criminologia, a qual funciona como um campo de reflexão sociológica e filosófica sobre a esfera criminal do Direito. Ela, assim, poderia ser definida, numa perspectiva tradicional, como a

* **Edihermes Marques Coelho** é Mestre em Instituições Jurídicas e Políticas e doutorando em Direito pela UFSC; advogado; professor no Centro Universitário do Triângulo (Unit) e na Universidade de Uberaba (Uniube); Diretor de Cursos do Instituto Jurídico de Estudos Contemporâneos (IJCon).

disciplina que estuda as condutas humanas criminais sob os aspectos biológicos, psíquicos e sociológicos, integrando tais aspectos e agregando-lhes outros aportes.

Pimentel, ao analisar o percurso histórico dos estudos criminológicos, aponta que, num primeiro momento, na referida perspectiva tradicional,

“a Criminologia aportou em um conceito de delito, que inicialmente pretendia ser substancial, mas que, na verdade, embora de outra maneira, era também uma definição formal: o crime é uma conduta antissocial.”¹

Já numa perspectiva crítica, que emergiu apenas nas últimas décadas, a criminologia ganharia novas nuances, sendo definida como *a disciplina que estuda os processos de criminalização de condutas e de esteriotipação de criminosos*. Ao analisar a criminologia crítica, Pimentel aponta que, segundo ela,

“a ciência criminológica não deve ter como objeto apenas o crime e criminoso, tal como institucionalizados pelo direito positivo, pois este é uma forma de expressão do poder dominante, servindo à defesa das agências políticas e do sistema econômico que interessa aos senhores do momento.”²

As páginas seguintes são dedicadas a identificar as características das duas perspectivas conceituais da criminologia, aprofundando-se na diferença de objeto de análise e foco de definições de cada uma delas, para após se destacar aqueles princípios do Direito Penal mais afinados com o minimalismo, postura de política criminal, decorrente da criminologia crítica, que adiante será adotada.

2

LINHAS DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

Como se afirmou, há duas principais vertentes criminológicas no pensamento jurídico contemporâneo: criminologia tradicional e criminologia crítica. Não que haja efetiva sistematização de qualquer delas enquanto corrente de pensamento: trata-se apenas de identificar uma linha básica em torno da qual se possam agrupar idéias diversas.

Essa linha básica estaria ligada ao objeto de estudo privilegiado por cada autor. Assim, pode-se dizer que uma perspectiva criminológica tradicional está centrada sobre a investigação em torno da conduta delinqüente e da personalidade do agente delitual. Uma perspectiva criminológica crítica, sem desprezar os aspectos tradicionais, estará focada na criminalização política de condutas e na esteriotipação de criminosos. Na primeira privilegia-se o fato criminal; noutra os processos sócio-políticos criminalizantes.

2.1. Criminologia Tradicional

No que respeita à perspectiva criminológica tradicional, suas principais características são:

- a) abordagem causal-explicativa dos crimes – cada crime teria uma causa, uma etiologia social ou pessoal específica, cabendo à criminologia fornecer instrumentos para o desvendar de tais etiologias;
- b) busca a identificação das origens do crime – todo crime, a partir da idéia anterior de uma etiologia específica,

1 Manoel Pedro PIMENTEL, *O crime e a pena na atualidade*, p. 13.

2 Idem, p. 41.

teria um histórico a ser descoberto, seja pela história individual do delinqüente, seja por sua constituição genética, seja por sua herança familiar;

c) propugna a identificação de um ‘delito natural’, pré-existente à valorações humanas de caráter ideológico - a idéia do que seria o crime e de seu peso para os indivíduos é algo imanente à sociedade, de modo que seria possível se falar em um delito ‘natural’;

d) gira em torno da idéia de normalidade social, de modo que o direito penal deveria garantir essa normalidade - o delinqüente seria um desviado, um indivíduo que afrontaria a normalidade social, de maneira que o crime seria uma ‘doença’ social, devendo, portanto, ser paciente de um ‘tratamento’ punitivo.

Dessa forma, a criminologia deveria se dedicar a identificar os aspectos biopsicológicos e sociológicos inerentes às condutas criminosas e à personalidade dos indivíduos criminosos.

A criminologia seria, por consequência, fundamentalmente etiológica, buscando identificar a gênese do ato criminal, investigando as suas causas. Forneceria dados, assim, sobre a periculosidade do delinqüente. Na definição de MACEDO, “a criminologia aparece como uma *Ciência pura, de observação, etiológica, sintética*, nascida das ciências de Homem.”³

Trabalhando com os aspectos biológicos e psicológicos, a criminologia tradicional se dedicaria ao estudo da personalidade do criminoso, entendida como “uma função da hereditariedade multiplicada pelo meio”.⁴ A criminologia, então,

estudaria a conduta criminosa a partir da personalidade delinqüente, com aportes biológico (endocrinologia, biotipologia), psicológico, sociológico e antropológico.

2.2. Criminologia Crítica

A criminologia crítica, por sua vez, emergiu a partir da aplicação de paradigmas políticos-sociológicos ao estudo da criminalidade, desfocando gradativamente as questões da criminalidade (condutas criminais isoladas) para os processos estatais, culturais e sociais de criminalização de condutas e de grupos sociais.

Embora sem necessariamente dispensar a abordagem de aspectos causais do crime, privilegiou a abordagem de tais questões num sentido macro, no sentido de desvendar as causas sócio-políticas da própria criminalização. Nega, portanto, a idéia tradicional de que a criminalidade seria uma doença social, uma anormalidade social, procurando demonstrar que o fenômeno da criminalidade é decorrência lógica da vida humana em sociedade e reflexo efetivo de como as relações sociais e econômicas se configuram em cada sociedade organizada.

A criminologia crítica parte, então, do pressuposto de que o sistema penal (legislação, instituições repressivas e punitivas, operadores do sistema) possui uma atuação voltada para processos de controle e dominação da sociedade, em nome de quem detiver o poder estatal e econômico.

Por consequência, a criminologia crítica está centrada na idéia de que o cerne das questões criminais não está na

³ Gilberto de MACEDO, *Criminologia*, 2. ed., 1977, p. 10.

⁴ J. Blackburn, *apud* Paul KEGAN, *The Framework of Human Behavior*, Londres, 1974, p. 05.

conduta criminosa, mas sim no processo ideológico de criminalização de condutas e de sujeitos. Ou seja, a sociedade política cria mecanismos que selecionam condutas como crimes; tais crimes recebem diferentes graduações de penas de acordo com sua importância na manutenção do *status quo*; o modo como o sistema penal atua na repressão e punição desses diversos crimes segue a mesma lógica de tal graduação de penas. Por outro lado, não há um criminoso nato, pois, devido ao imenso número de condutas formalmente criminalizadas, quase todos nós, mais cedo ou mais tarde, cometeríamos algum crime;⁵ não obstante isso, a origem social do indivíduo condiciona a reação do sistema repressivo e punitivo sobre ele, de modo que algumas pessoas, dependendo de aspectos sócio-econômicos, seriam mais criminalizáveis do que outras. Por decorrência, o sistema penal é um reprodutor da lógica e aliado da manutenção da realidade sócio-econômica subjacente aos fenômenos da criminalidade.

Dever-se-ia, por consequência, repensar o sistema penal como um todo, de maneira que ele sirva aos interesses coletivos, e de modo que a criminalidade existente seja abordada como uma questão decorrente do próprio contexto de convivência social, e não mais como uma doença. A criminalidade ganharia, assim, contornos de quebra da cidadania, em vez de desvio de uma normalidade artificial.

2.3. Políticas Criminais

De cada linha criminológica emergem algumas diretrizes para a criação, interpretação e aplicação de leis, e para o próprio funcionamento do sistema penal. Tais diretrizes podem ser identificadas como diretrizes de política criminal.

À criminologia tradicional estão ligadas políticas criminais punitivistas, que pregam apenamentos mais graves como solução para o problema da criminalidade. Há de se observar que a adoção de uma política criminal punitivista não contradiz a possibilidade de uma adoção parcial de políticas criminais de intervenção mínima: menos condutas criminalizadas, mas mais gravemente apenadas. Não obstante isso, hodiernamente o que se vê é uma disseminação irrestrita da criminalização de condutas, de uma tal ordem que seria hoje muito improvável que qualquer penalista atuante – seja no meio universitário seja no meio forense – fosse capaz de indicar com alguma precisão o número de crimes hoje previstos na legislação brasileira!

Dentro da política criminal punitivista, então, pode-se destacar dois modos de pensar: um baseado na *intervenção máxima* e outro baseado na *intervenção mínima*. Disso decorreriam:

a) uma política criminal punitivista de intervenção máxima, que preconiza que se deve ter penas mais graves para a maior quantidade de crimes possível, como meio de o Estado controlar a sociedade e responder aos desvios de normalidade que seriam os crimes;

⁵ Ocorre que dois fatores contribuem diretamente para que isso seja cotidianamente relevado: a maioria desses crimes seriam socialmente irrelevantes (ex, furto de algumas maçãs de um pomar por jovens); algumas condutas são apenas formalmente consideradas crimes, havendo, ao menos no aspecto criminal, uma condescendência social para com elas (ex. adultério).

b) uma política criminal punitivista de intervenção mínima, que preconiza que só devem ser mantidos como crimes os fatos mais danosos socialmente, que causem maior mal, de modo a evitar uma hipertrofia do sistema penal; porém, os fatos criminosos deverão ser apenados o mais gravemente possível, pois as respostas ‘duras’ teriam um melhor efeito no combate à criminalidade, no combate aos comportamentos desviados da normalidade social.

Já à criminologia crítica estão ligadas políticas criminais minimalistas e abolicionistas. As primeiras estão baseadas na idéia de que se deve diminuir o espaço de intervenção penal do Estado na sociedade, e de que os apenamentos devem ser repensados, evitando-se, quando possível, as penas privativas de liberdade. Ou seja, primariamente dever-se-ia diminuir a quantidade de hipóteses previstas como crimes, resguardando-se como tal apenas as mais graves, entendidas como as que violentem de maneira direta ou indireta, mas com efeitos significativos nos direitos humanos fundamentais. Para além disso, para as hipóteses restantes como crimes, dever-se-ia, na medida do possível e adequado, evitar as penas privativas de liberdade. Não se confunde com o princípio da intervenção mínima, ele vai além, faz restrições das penas privativas de liberdade.

Para o abolicionismo penal, tendo em vista que o sistema penal não passa de um meio de controle para as classes dominantes do Estado, deve o direito penal ser extinto, ao menos na forma como o conhecemos. O abolicionismo seria a destruição do sistema penal. É evidente que o abolicionismo é uma linha radical, mas encontra sede no pensamento de

pensadores renomados, como, por exemplo, *Louk Hulsman*, que é um defensor radical da extinção do Direito Penal.

O abolicionismo penal, não obstante a percuciência da maioria das críticas que seus defensores fazem ao sistema penal, beira o diletantismo teórico no que respeita às suas propostas, sobretudo por ignorar o importante papel de amálgama das relações sociais que o Direito Penal simbolicamente exerce.

O punitivismo aparece como postura ideológica mais tradicional, mas, num caminho inverso ao do abolicionismo, maximiza as funções do Direito Penal, hipertrofiando o sistema repressivo e punitivo, e facilitando diversas distorções típicas de um sistema penal não direcionado para uma atuação socialmente especificada.

Já o minimalismo apresenta-se como a solução mais racional dentro do quadro jurídico criminológico contemporâneo. Sua adoção possibilita o ‘enxugamento’ da esfera penal, direcionando-a para condutas ofensivas aos direitos humanos fundamentais. Ou seja, por um lado, não se dispenderia esforço legislativo, teórico-dogmático e prático-operacional sobre assuntos que melhor e suficientemente ficariam tratados em outras esferas que não a penal. Por outro lado, resguardar-se-iam intervenções e punições penais sobre condutas que em outras esferas não teriam suficiente resposta jurídica, por sua gravidade no contexto da vida social.

3

SISTEMA PENAL E A IDÉIA DE RESSOCIALIZAÇÃO

A partir das linhas criminológicas tradicionais e críticas, emergem, como se

viu, as políticas criminais. É no bojo delas que se dá uma das principais discussões da esfera penal: qual a razão de ser das penas privativas de liberdade?

Para que se possa responder a tal questionamento, é preciso ressaltar que as condutas humanas em sociedade são valoradas pelos seres humanos cotidianamente, uma a uma, na maior parte das vezes sem que nem mesmo nos demos conta. A cada momento, em nosso pensamento qualificamos as condutas como boas ou más, úteis ou inúteis, adequadas ou inadequadas.

Assim igualmente se dá no processo legislativo: os legisladores qualificam as condutas, valoram-nas, e a partir disso criam normas cíveis, tributárias, penais etc. Os legisladores igualmente selecionam e fazem prevalecer apenamentos, de diversas gravidades, correspondendo a gravidade do apenamento à negatividade da valoração legislativa da conduta.

No cerne das tendências legislativas dos séculos XIX e XX, vigentes neste início de século XXI, esteve presente um mito teórico-ideológico: a idéia da prisão como meio ressocializador. Esta idéia funcionou como um baluarte das políticas criminais punivistas. Mostrou-se, porém, por questões de sua essência e por questões instrumentais, um mito ideológico, como bem demonstram as críticas minimalistas.

3.1. A Ressocialização

No século XVIII e XIX, operou-se uma gradativa mudança de foco nos tipos de apenamentos privilegiados pelo legislador: passou-se das penas corpo-

rais, de castigo, retributivas, às penas privativas de liberdade, de correção social do indivíduo. As teorias do Direito Penal propugnavam uma abordagem asséptica do fenômeno criminoso, destinada a identificar isoladamente os aspectos causais da conduta criminal. A partir disso, aplicavam-se apenamentos destinados a recuperar socialmente o indivíduo, a trazê-lo à normalidade, de onde estaria afastado por causas biopsicológicas. Ademais, entendia-se que era preciso moldar o homem à sociedade, aos valores e hábitos sociais.

Cervini, ao comentar tais idéias, assinala que

“com as expressões ‘reeducação’, ‘reinserção social’ ou ‘ressocialização’, atribui-se à execução das penas e medidas penais privativas de liberdade uma mesma função primordial: a de corrigir e educar o delinquente.”⁶

A idéia básica, em síntese, é de que a conduta delinqüente é uma conduta desviada da normalidade social, de forma que o sistema punitivo tem como função primordial ressocializar o indivíduo, trazê-lo à normalidade.

3.2. O Mito da Ressocialização

Ocorre que a idéia de ressocialização pode ser criticada sob vários aspectos. Primeiramente, a palavra ressocialização é ambígua - somente se ressocializa quem estava socializado; porém, o que é ‘estar socializado’? Seria estar inserido num meio cultural? Ou num meio econômico de produção? Ou num determinado grupo social? Trata-se de uma palavra de sentido indeterminado, ou ao menos sem a determinação necessária para a ampla utilização que lhe é dada.

⁶ Raúl CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 32.

De outra parte, a explicação psicanalítica de punição contradiz a lógica da ressocialização. Para a psicanálise, as sanções segregacionistas são resultado do fenômeno psíquico da construção de ‘bodes expiatórios’, em que se utiliza o criminoso como um elemento catalizador de nossas culpas pessoais, descarregando parte de nossas energias psíquicas negativas.

Na perspectiva marxista, por sua vez, pode se dizer que a ressocialização é normalização, adequação do indivíduo ao modo de produção dominante e ao modo de vida social capitalista, destinado à manutenção do *status quo*. Portanto, só se poderia pensar numa idéia legítima de normalização após se implementar um conjunto de transformações sociais que alterassem as relações capitalistas de produção e vida social.

De qualquer maneira, deve-se conjeturar as diversas críticas, de modo que a ressocialização só pode ser compreendida a partir de um processo de interação entre indivíduo e sociedade. Assim, se o indivíduo é fruto de uma conjunção dos fatores ambientais (sociais) com os fatores psíquicos (individuais), a punição ressocializadora mitifica a sociedade, pois não a avalia. Em outras palavras, faz-se uma avaliação negativa do indivíduo delinqüente, mas não se avalia conjuntamente, de maneira proporcional, o meio que produz a delinqüência.

Por fim, qualquer sociedade (e mais ainda aquelas que se dispõem a ser democráticas e pluralistas) é constituída de um conjunto diversificado de ordens de valores, muitos dos quais dizem diretamente respeito à vida social. A eleição arbitrária de um modelo de sociedade a ser seguido para o atendimento do obje-

tivo de ressocialização (já que esta significaria a volta à sociedade ‘normal’) implica uma ofensa à idéia de pluralidade de pensamentos (cuja existência não foi suprimida nem mesmo por regimes totalitários, tendencialmente aniquiladores das diferenças).

Assim sendo, a idéia criminológica clínica de tratamento ressocializador, de terapia ressocializadora, tem algo de totalitária, violando o direito humano fundamental de ‘ser o que se quer ser’, corolário lógico da liberdade. O fato de que o indivíduo tenha cometido uma violação dos direitos de outrem não pode ser bastante para que se lhe imponha um modo de vida social definido arbitrariamente.

De outra parte, a internação carcerária, total ou parcial, prevista nas penas privativas de liberdade, gera o fenômeno da ‘prisonização’ (Clemmer), acarretando no preso a inserção num modo de vida que, longe de ser ressocializador segundo um suposto padrão de normalidade social, é consagrador da vida delinqüente. O meio prisional reproduz e multiplica as condutas e os hábitos considerados delinqüentes. Isso porque a vida por um continuado período no cárcere pressupõe que o indivíduo consiga formar laços de convivência que lhe permitam ‘existir’ dentro daquele universo de vida. E tais laços são reprodutores da cultura comportamental delitiva.

Por conseguinte, o preso carrega consigo, a partir do apenamento segregador, a ‘contaminação’ por outras condutas e comportamentos criminais que não os seus, os efeitos da estigmatização social, o sofrimento causado à família. Isso comumente neutraliza imediata ou imediatamente qualquer efeito benéfico que porventura a prisão poderia ter.

Não obstante todo esse contexto, não se deve menosprezar o papel sócio-cultural que as penas, em especial as privativas de liberdade, desempenham na vida humana. Através dela se impõe limites à ação de cada um e de todos na convivência social, garantindo uma resposta simbólica ao excesso ilegítimo⁷ de liberdade.

A idéia de apenamentos representa um importante papel simbólico na sociedade, pois garante ao Estado, mesmo que fragilmente, um papel social de ‘nome do pai’, um limitador ao princípio do prazer, impondo aos sujeitos o limite da realidade.

Assim, a demonstração de que o ‘tratamento’ ressocializador é um mito ideológico não se justifica concluir (como faz o abolicionismo) que deve ser pura e simplesmente extinta a pena prisional. O caminho mais lógico passa por outra lógica: enxugar a esfera penal; priorizar apenamentos alternativos; redimensionar e redirecionar profundamente o sistema punitivo de privação da liberdade.⁸

4

PAUTAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

A postura minimalista, aqui adotada, propugna a construção de novos paradigmas para o Direito Penal. Tal construção se daria como um processo dialético, portanto, ilimitável temporalmente, em constante renovação. Partiria, porém,

de um conjunto de diretrizes que podem ser chamadas, na linha de Cervini,⁹ de ‘pautas de descriminalização’.

À primeira diretriz, de caráter geral e envolvendo as três seguintes, chama-se *desinstitucionalização*. Trata-se da idéia reformadora que tende a desinstitucionalizar as respostas punitivas (o que resultaria ter a menor quantidade de presos possível), a institucionalizá-las somente em casos extremos. Consistiria em retirar dos órgãos oficiais, sempre que possível, a competência para a solução dos conflitos de caráter penal.

À segunda diretriz chama-se *descriminalização*.¹⁰ Descriminalização significa tirar o caráter de ilícito penal de uma certa situação de vida. Um fato abstratamente considerado deixaria de ser tratado como crime.

Pode-se falar em descriminalização formal, que sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado. Não há punição nenhuma para a conduta, ou seja, é retirada de qualquer punição estatal a conduta, deixando de ser punida em qualquer esfera jurídica.

Há, ainda, a descriminalização substitutiva, em que as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como, por exemplo, a transformação ou restrição de delitos de pouca importância em ilícitos administrativos ou fiscais punidos com multas ou outras medidas de caráter disciplinar. É aquela em que se

7 Entende-se como ilegítimo o excesso de liberdade que represente intervenção não autorizada da ação de um indivíduo sobre os direitos de outrem, lesionando-os ou causando-lhes um perigo de lesão.

8 Evidentemente, tais idéias suscitam uma gama considerável de reflexões, não sendo este, no entanto, o objeto deste artigo.

9 Raúl CERVINI, *Os processos de descriminalização*.

10 Não há consenso quanto ao uso das palavras ‘descriminalizar’ ou ‘descriminalizar’. Trabalhando-se a partir dos antônimos, tem-se que descriminalizar é o contrário de incriminar, que significa imputar um crime a alguém. Assim, descriminalizar significaria absolver, tirar a culpa, inocentar, absolver da imputação do crime. Descriminalizar, por sua vez, seria o contrário de criminalizar, de tornar criminal. Por decorrência, opta-se, aqui, pela palavra descriminalizar.

pode retirar a conduta da esfera criminal, mas é mantida em outra esfera, onde as medidas teriam outro caráter.

Por fim, pode-se falar na descriminalização de fato. Ela ocorre quando fato não é tratado como crime em termos práticos. A conduta não é retirada da esfera penal, mas de fato já há uma ineficácia total da norma, embora ela exista e seja formalmente válida. O conceito de descriminalização de fato sobrepõe-se em grande parte aos conceitos de diversificação.

À terceira diretriz chama-se *despenalização*. Trata-se do ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter do ilícito penal. Inclui todas as possíveis formas de atenuação e alternativas penais: prisão de fim de semana, prestação de serviços de utilidade pública, multa reparatória, indenização à vítima, sistema de controle de condutas em liberdade, prisão domiciliar e outros.

Por fim, à quarta diretriz chama-se *diversificação*. O conceito de diversificação significa a suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência. A diversificação atribui aos órgãos ou entidades não punitivas a solução do conflito, sem retirar o caráter ilícito do fato. Saliente-se que se trata de uma medida intermediária entre a descriminalização substitutiva e a descriminalização formal.

Criam-se medidas diferentes de penas, criam-se possibilidades, amplas alternativas penais para serem aplicadas. As medidas de diversificação buscam construir uma solução dentro da esfera penal, de maneira alternativa frente às penas privativas da liberdade. Além disso, a diversificação busca estabelecer um

diálogo entre o autor do delito e a vítima, ou entre o autor do delito e o Estado. Tem-se, na legislação brasileira, várias hipóteses diversificadoras na Lei 9.099/95.

O repensar o sistema penal passaria pela aplicação - por advogados, juízes, promotores, professores, escritores atuantes no Direito Penal - de tais diretrizes como referências para sua reflexão e atuação. Sempre, porém, atendendo-se a critérios mais específicos, a diretrizes específicas, que podem ter imediata aplicação técnica no Direito Penal, direcionando a interpretação e aplicação normativa, e condicionando a criação de novas leis - os princípios jurídico-penais minimalistas.

5

PRINCÍPIOS JURÍDICO-PENAISS MINIMALISTAS

A teoria geral do Direito se encarregou ao longo do século XX de demonstrar a importância que os princípios possuem para a determinação de conteúdo do Direito como um todo, e de cada área do Direito em específico. Tal determinação através dos princípios ganha corpo sobretudo na interpretação de normas estatais e na aplicação de tais normas interpretadas a casos concretos.

Assim o é no Direito Penal. Há um conjunto de princípios que servem como diretrizes interpretativas e aplicativas das diversas normas penais (incriminadoras e não incriminadoras). E, dentre eles, alguns têm uma conotação muito especial: apontam o caminho do minimalismo, entendido que este caminho deve ser seguido pelo Direito Penal contemporâneo. Seriam os princípios da intervenção mínima, da insignificância, da adequação social e do *in dubio pro reu*.

5.1. Princípio da Intervenção Mínima e Fragmentariedade

Significa que o Direito Penal deve intervir apenas quando absolutamente indispensável nos conflitos interindividuais, de um agente em relação a outro. Ou seja, a intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais deve ser mínima.

Além disso, caracteriza-se por ser residual e fragmentária. A esfera penal interviria, em tese, quando não bastasse a atuação de outra área jurídica sobre a potencial violação de direitos regulada. E, de forma complementar, não haveria nenhum tipo de conduta que fosse objeto jurídico penal por excelência - todos os conteúdos das regulações penais são derivados de outras áreas do Direito, são resíduos de regulações insuficientes. Por decorrência, o conteúdo do Direito Penal é fragmentária, já que engloba os mais variados temas da vida social.

Ou seja, por decorrência, o Direito Penal só deve abranger um certo conteúdo quando absolutamente não for possível resolver a questão dentro de uma outra esfera jurídica que não a penal (intervenção mínima).

Enfim, ressalta-se o fato de que não há um conteúdo insitamente penal: o crime trata-se sempre de uma opção política e cultural de quem detém o poder estatal, em face de um conjunto de circunstâncias histórico-sociais.

5.2. Princípio da Insignificância

Quando se fala no Direito como um todo, fala-se de bens jurídicos tutelados,

ou seja, cada norma reguladora vai ter um bem jurídico no seu âmbito, na sua essência - há algo que está sendo garantido por aquela norma. Na esfera penal só estariam inseridas condutas cuja proteção penal seria indispensável para garantir aqueles direitos insertos direta ou indiretamente nas normas, devido à preeminência dos bens jurídicos que trazem no seu âmbito. Por exemplo: o direito à vida é tutelado pelo artigo 121 do CP, destacando-se no mundo jurídico por condicionar simultaneamente o exercício de qualquer outro direito individual..

O bem jurídico é o interesse atingível por aquela conduta abstratamente prevista e o sujeito passivo é a vítima. Na esfera penal presume-se que os bens jurídicos são destacados, mais relevantes, e por isto merecem uma proteção penal especial que pode até mesmo atingir a liberdade dos indivíduos. A partir disto é que vai surgir o princípio da insignificância penal, o qual tem caráter ideológico. Este princípio vai nos dizer que por mais que a conduta formalmente esteja enquadrada no modelo incriminador, se por acaso esta conduta não vier a efetivamente causar um dano a bem jurídico relevante, não deverá ser considerada crime.¹¹

Assim, sempre que a conduta do indivíduo gerar um dano absolutamente irrelevante, insignificante, ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora, será possível avaliar-se a exclusão da tipicidade material, de maneira que, diante de tal situação, o fato pode se tornar atípico - não haveria crime. Ou

¹¹ Há interessante discussão sobre se a aplicação de tal princípio afastaria diretamente a tipicidade do fato ou se afastaria a ilicitude, como causa extra-legal de exclusão, ou, ainda, se seria caso de atipicidade 'conglobante'. Não é objetivo deste artigo, porém, tal discussão. Sobre o assunto, remeto a leitura de meu artigo **O conceito de crime e a aplicação do princípio da insignificância**, na edição inaugural dos Cadernos Jurídicos Contemporâneos, do IJCon.

seja, este princípio é uma espécie de princípio negativo. Afastaria da esfera penal uma conduta irrelevante, insignificante, sem importância para o mundo jurídico legal.

5.3. Princípio da Adequação Social

Tal qual os princípios da insignificância e da intervenção mínima, este princípio da adequação social depende da postura ideológica de quem interpreta o Direito Penal. Isto porque se o juiz adota uma postura minimalista vai adotar os três princípios. Se adotar uma postura criminológica punitiva vai naturalmente refutar, rechaçar estes três princípios, porque importam numa redução das condições penais incriminadoras.

A idéia da adequação social indica que, se por acaso a conduta que está tipificada como crime já conta com uma condescendência social, o juiz deve deixar de considerá-la tipicamente. Poder-se-ia distinguir, em termos sociais, entre um risco inadmissível a bens jurídicos e um risco aceitável; e, a partir disso, poder-se-ia falar em danos inadmissíveis e danos aceitáveis.

Exemplifique-se: em uma partida de futebol, é aceitável que em uma disputa pela posse da bola um jogador, ao cometer uma falta, possa até mesmo quebrar a perna do outro em função da disputa. Mas, se fora da disputa pela bola, um jogador inadvertidamente socar o seu adversário, causando-lhe, por exemplo, a perda de dentes, sua conduta será inaceitável, e passível de punição penal (a depender, nos termos do artigo 88 da Lei 9.099/95, de representação do ofendido).

5.4 - Princípio do *In Dubio Pro Reu*

Tal princípio tanto tem caráter penal como processual penal, e por isto é um princípio com características peculiares. No seu aspecto penal este princípio nos indica a seguinte idéia: se há dúvida quanto à extensão, a interpretação de uma norma incriminadora ou não incriminadora, deve-se interpretar de forma a beneficiar o acusado. A face processual deste princípio indica sobretudo que se as provas do processo deixarem dúvidas sobre a culpa do acusado, a decisão do juiz deve ser aquela que mais favorecer o acusado. Uma ótica é sobretudo a dúvida na interpretação, enquanto a outra ótica reside na dúvida probatória.

É de se ressaltar que o Direito Processual Penal está, de maneira muito marcada, no caminho do Estado, do seu direito de punir, e é um instrumento potencial do indivíduo, na busca de garantir o seu direito de liberdade. Neste sentido, o Direito Penal sem o Direito Processual Penal é inexecutável, sendo este último um instrumento necessário para execução (punitiva ou não punitiva) das regras do Direito Penal.

É dentro desse contexto que se insere o princípio do *in dubio pro reu*: maximiza a idéia contemporânea de que a restrição da liberdade de alguém pelo Estado deve se dar dentro da mais ampla certeza possível sobre os fatos e dentro da mais objetiva transparência possível quanto às normas.

6

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, ao longo das páginas anteriores, que na íntima ligação entre o Direi-

to Penal e a Criminologia, esta se divide em duas vertentes: criminologia tradicional e criminologia crítica. Da primeira decorre a linha de política criminal punitiva; da segunda decorrem as linhas de política criminal minimalista e abolicionista.

Ressaltou-se, também, que o Direito Penal do século XX e, ainda, o vigente neste início de século XXI baseiam-se na lógica de penas privativas de liberdade (política criminal punitivista), com pretensos objetivos de ressocialização - embora cada vez mais se conceda espaços ao minimalismo penal. Tal idéia de ressocialização, porém, demonstrou-se ser um mito ideológico, pois seus objetivos são inatingíveis, quando não contraditórios com as próprias penas privativas de liberdade como são ainda hoje concebidas.

Partindo das críticas ao punitivismo e à ressocialização, apontou-se o minimalismo como a política criminal mais adequada a responder às demandas do sistema repressivo e punitivo criminal. O minimalismo estruturar-se-ia sobre três diretrizes de reflexão e atuação: a descriminalização, a despenalização e a diversificação.

De tais diretrizes - gerais e teóricas - decorreriam quatro princípios jurídico-penais, de aplicação específica em casos concretos: os princípios da intervenção mínima, da insignificância, da adequação social e do *in dubio pro reu*. Tais princípios destacam-se por seu conteúdo estar relacionado à 'cultura' jurídica minimalista, que privilegia no Direito Penal a garantia dos direitos humanos fundamentais. São, pois, diretrizes específicas para a interpretação, aplicação e criação das normas penais, de maneira tal que o Direito Penal seja repensado teórica e praticamente.

A adoção do minimalismo, e a prioridade dos princípios jurídico-penais minimalistas, significam uma diminuição da abrangência da esfera penal, o que está longe de ser algo criticável. A esfera penal tem sido usada ao longo dos anos como espaço fácil para demagogias punitivistas, e como válvula de escape para a ineficiência estatal na solução dos problemas e conflitos sociais, econômicos e culturais.

Ora, o minimalismo propugna que a redução de abrangência da esfera penal não se dê de maneira aleatória, mas sim resguardando o sistema repressivo e punitivo para o combate de condutas que ofendam direitos humanos fundamentais de maneira relevante. Isso possibilita um incremento de efetividade do sistema penal sob dois aspectos prioritários: uma redução da quantidade de hipóteses previstas como crimes possibilita uma maior organização, concentração de esforços e fiscalização nas atividades repressivas e punitivas que significam respostas estatais à criminalidade, o que diminuiria a sensação de omissão do Estado e impunidade de infratores. Sob outro aspecto, possibilita a racionalização das atividades punitivas, o que potencializa que seja reestruturado o sistema de penas, de maneira que a privação da liberdade seja uma última hipótese, e, mesmo quando adotada, não tenha o caráter de inutilidade que hoje possui.

É bem verdade que intervenção mínima, insignificância, adequação social e *in dubio pro reu* são princípios que não são expressos em lei. Diante disto, violariam o princípio da legalidade, gerando um prejuízo a uma das mais importantes garantias do cidadão frente ao Estado?

Definitivamente, não. Nenhuma abordagem do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º da Constituição, pode ser feita de maneira descontextualizada. Sendo assim, não se pode, para a esfera penal, apartar o princípio da legalidade e o princípio da liberdade individual. À medida que a aplicação de tais princípios beneficiam, em tese, os acusados, estarão sendo aplicados em nome da liberdade destes, havendo, portanto uma racional ponderação de princípios constitucionais.

Por consequência, acredita-se que os rumos do Direito Penal contemporâneo inexoravelmente estão ligados ao minimalismo penal. Evidentemente, a história é construída dialeticamente, de maneira que a adoção de parâmetros minimalistas é algo que deverá, ainda, ter muitas 'idas e vindas'. Porém, caminha-se para a necessária racionalização do sistema penal. E os princípios jurídico-penais minimalistas são hoje fortes instrumentos daqueles que atuam nesta direção.

referências bibliográficas

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal parte geral**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2.000.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- COELHO, Edihermes Marques. **O conceito do crime e o princípio da insignificância**. In: Cadernos dos Estudos Jurídicos Contemporâneos. N.º 1. Uberlândia: IICon, 2001.
- COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- KEGAN, Paul. **The Framework of Human Behavior**. Londres: [s.n.], 1974.
- MACEDO, Gilberto de. **Criminologia**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2.000.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro parte geral**. São Paulo: RT, 1997.



MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Alberto Rodrigues Borges*

sumário

1. Histórico do Ministério Público
2. Primórdios do Ministério Público Brasileiro e as Constituições
3. O Ministério Público na atual Constituição
4. Conclusão
5. Referências bibliográficas

resumo

O Ministério Público é, nos termos da Carta Magna de 1988, essencial à Justiça. Contudo, em que pese a essencialidade de suas atribuições, esta importante instituição continua a ser uma incógnita para grande parte da sociedade. Esse artigo pretende ser uma contribuição no sentido de favorecer o acesso ao conhecimento de sua estrutura.

1 HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de nos posicionarmos a respeito do Ministério Público Brasileiro, é necessária uma breve abordagem do seu surgimento como instituição. Regressemos um pouco no tempo, para compreendermos um pouco da sua evolução.

O Ministério Público, na sua origem não encontra guarita pacífica na história, não havendo possibilidade de precisar onde tenha surgido, quando, nem como. Mas, nem tudo são trevas a respeito, pois como esclarece Hugo Nigro Mazzili, “há 4.000 anos no Egito, havia uma classe de agentes públicos cujos deveres consistiam em serem os olhos e a língua do Rei; a eles competiam castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos; acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso, eram como marido para as viúvas e pais

para os órfãos; faziam ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso além de lhes competir tomar parte nas instruções para descobrimento da verdade”. MAZZILI (1992 p.)

No seu Curso de Processo Penal, Tornaghi afirma que a França foi o primeiro país a registrar de forma segura o surgimento de um órgão com características semelhantes às do atual Ministério Público, foi durante o reinado de Luís IX, que em 1269 extinguiu o tribunal dos senhores feudais. A consolidação do monopólio da distribuição de justiça veio em 1303, com a Ordonnance (Ordenação) primeiro documento a prever a instituição do Ministério Público. Naquele momento, a instituição fazia-se representar pelos procureurs du roi (Procuradores do Rei), cuja função era defender os interesses do Estado, que eram confundidos com os interesses da Coroa. O principal papel dos procuradores do rei era o de enfraquecer o poder dos senho-

* Carlos Alberto Rodrigues Borges é aluno do 4.º período do Curso de Direito da Universidade de Uberaba

res feudais. Os procuradores do rei exerciam, também, o papel de acusador criminal. Também existiam os Avocats du roi (advogados do rei), responsáveis pelas ações cíveis, unidos pela defesa dos interesses da coroa.

Com a vitória da Revolução Francesa, em 1789, a burguesia assumiu o poder e promoveu uma reforma política com caráter descentralizador. O Ministério Público foi definido como agente do Poder Executivo perante os tribunais, com independência frente aos Poderes Legislativos e Judiciário. Assim, o Ministério Público, tal qual o conhecemos até a Constituição de 1988, surge na França, no século XVIII, com o advento da separação dos três poderes. Seu surgimento, enquanto instituição, aparece como uma reação da burguesia à concentração dos poderes do monarca. Tal modelo foi adotado por toda a Europa e pelas Américas, tornando-se em seguida uma instituição mundial.

Em Portugal, a consolidação e a centralização do monopólio da justiça deu-se pelas Ordenações Afonsinas (1456), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Nessa última, foi prevista a figura do promotor de justiça, nomeada pelo Rei, cuja função era fiscalizar o cumprimento da lei e formular a acusação criminal.

Vale a pena lembrar que o nascimento do Estado Absoluto acontece com a dissolução da sociedade medieval. Pluralista por natureza, a experiência histórica da sociedade medieval revela, em termos de Ordenações Jurídicas, uma multiplicidade de fontes produtoras do direito e uma diversidade de estamentos normativos. Daí que, para atravessar a estreita ponte que liga os dois períodos históricos, Idade Média e Idade Moder-

na, urgia se unificassem os ordenamentos jurídicos e todas as suas fontes produtoras.

2

PRIMÓRDIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E AS CONSTITUIÇÕES

Considerando-se a estrutura colonial portuguesa e os óbices levantados pelas deficiências socio-culturais da terra, não deve causar espécie a notícia de que a primeira experiência brasileira de Ministério Público se deu com a Relação do Brasil, sediada na Bahia. Criado, embora em 1587, esse Tribunal logrou funcionamento apenas em 1609 por força do Alvará de Felipe II de Portugal - Felipe III da Espanha - , datado de 07 de março; mais de um século, portanto após o Descobrimento.

A Relação da Bahia, como é igualmente chamada, tinha na sua composição inicial dez desembargadores, um dos quais exercia as funções de promotor de justiça. Esse arcabouço institucional guardava em tudo adequação com a estrutura judiciária da Corte. Via de consequência, é possível dizer que o Ministério Público Brasileiro era o mesmo existente em Portugal, tanto em sua natureza, como em sua posição frente aos governantes.

As raízes do Ministério Público brasileiro estão no direito lusitano, que passou por um processo semelhante ao francês na luta da Coroa pelo monopólio da justiça, vigente no país durante todo o período Colonial e Imperial.

No Brasil, a figura do Promotor de Justiça só surge em 1609, quando é regulamentado o Tribunal de Relação da

Bahia. No Império a instituição era tratada no Código de Processo Criminal, sem nenhuma referência constitucional. Somente na Constituição de 1824, era criado o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, nomeando-se os respectivos Desembargadores, Procuradores da Coroa, reconhecidos como chefe do Parquet. A expressão Ministério Público só é utilizada pela primeira vez, no decreto 5.618, de 2 de maio de 1874.

Com a Constituição de 1891, também pela primeira vez, o Ministério Público mereceu referência no Texto Fundamental. Entretanto, não lhe foi reconhecida condição de órgão autônomo e aquela, mesmo sendo constitucional, era uma referência deveras lacônica. Assim dispunha o parágrafo 2º do artigo 58: “ *O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei*”.

Depois, veio a Constituição Federal de 16 de julho de 1934, cujos artigos 95 a 98, tratavam de forma mais definida a própria razão de ser do Ministério Público, além de delinear de forma, ainda que genérica, suas competências funcionais. Ao Procurador Geral da República, nos termos do parágrafo 1º do artigo 95, foram atribuídas as seguintes atribuições e prerrogativas: “ *O chefe do Ministério Público Federal nos juízos comuns é o Procurador Geral e República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, remissível da nutum.*”

Mas a Constituição de 1937 extirpou o Parquet do ordenamento constitucional e do próprio cenário político. Ocupou-se por sua vez, a Constituição de 1946 de voltar a inseri-lo. Em 1967, o Ministério Público passou a integrar o Poder Judiciário e pela Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, o Poder Executivo. Deste modo, pode ser dito que a real importância da Instituição só recentemente, pela Constituição Federal de 1988, foi realmente reconhecida. O Ministério Público passou a ocupar posição autônoma frente aos três Poderes estatais e no exercício pleno de suas atribuições pôde passar a exercer com independência funcional e administrativa todas as atribuições que lhe são afetadas, destinadas, no contexto nacional, à defesa sem reservas, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e à tutela dos interesses transindividuais, coletivos e difusos.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ATUAL CONSTITUIÇÃO

O Ministério Público adquiriu uma nova configuração a partir de 1988 quando foi colocado na Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (arts. 127, 128 e 129 da Constituição Federal/88 e Lei Complementar 75/93). Por outro lado, o contexto político da redemocratização, as aspirações das classes médias e populares, e especialmente do legislador constitucional, alçaram o Ministério Público a uma categoria forte de

operadores do direito. Com o passar dos anos, o Ministério Público incorporou sua nova faceta e desde de então passou a incomodar as classes dominantes. Não é por acaso que hoje, com o processo de reforma constitucional, pretende-se cortar algumas atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição de 1988. E que, no atual contexto, a instituição forte que era necessária para se contrapor aos interesses dominantes passou a incorporar lutas que incomodam as próprias classes dominantes.

O Ministério Público brasileiro, conquanto esteja alocado na estrutura do poder executivo possui autonomia funcional e administrativa, podendo praticar atos próprios de gestão (inciso 4º do artigo 22, LC n.º 75/93, e obedecidos os limites fixados no artigo 129 da CF/1988).

Deve zelar pelo efetivo respeito dos poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos da sociedade assegurados na Constituição. Por isso, os membros do Ministério Público não são considerados meros funcionários públicos, são agentes políticos investidos de atribuições constitucionais e responsáveis pelo exercício de funções mais altas e complexas, cuja atuação e decisões exigem independência funcional. Para tanto são garantidas pela Constituição a vitaliciedade, independência e autonomia funcional. Não pode o promotor perder o cargo senão por sentença judicial definitiva, não se admitindo a perda do cargo por decisão meramente administrativa. Também é garantida a inamovibilidade que visa garantir o exercício funcional e não apenas a garantia do membro do Ministério Público, por isso, é impossível a remoção compulsória do promotor, salvo por motivo públi-

co, mediante decisão do colégio de procuradores (art. 12, III lei 8.625/93). Tais garantias conferiram força ao Ministério Público para poder agir livremente, sempre de acordo com a Constituição e as leis do País.

A Constituição estabelece que o Ministério Público tem as seguintes funções institucionais, dentre outras:

I - promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei;;

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III - promover inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e dois outros direitos difusos e coletivos.

IV - defender juridicamente os direitos e interesses das populações indígenas;

V - exercer o controle externo da atividade policial; além de outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

De acordo com a Constituição, o Ministério Público representa uma entidade pública responsável pela defesa dos direitos humanos e interesses coletivos da sociedade junto ao Estado.

A ação penal pública, função privativa do Ministério Público, tem sido promovida e constitui instrumento poderoso para que se busque soluções justas para a repressão aos violadores dos direitos humanos. Infelizmente, nesse sentido o Ministério Público deixa muito a desejar no que se refere às leis especiais. Os dispositivos previstos no Estatuto da

Criança e do Adolescente, bem como aqueles que protegem o consumidor são bem aplicados. Falta, no entanto, conhecimento, empenho e vontade do Ministério Público para a devida aplicação das leis que beneficiam os deficientes físicos (Lei 7.853/89), contra a discriminação racial (Lei 1.390/51, Lei 7.716/89) crimes resultantes de atos discriminatórios ou de preconceito de raça, religião, etnia ou de procedência nacional, praticados por meios de comunicação de massa (Lei 8.081/90).

Mas é importante fazermos também uma ressalva, pois os dispositivos legais que tratam de incriminar condutas preconceituosas são de difícil aplicação por que trazem em seu conteúdo algumas expressões que limitam sua aplicação e que acabam por se tornar lei inócua. A lei penal que trata de proteger os deficientes físicos coloca como conduta criminosa os atos de recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de alunos em estabelecimentos de ensino, por motivos derivados de deficiência física ou mental. A prova desses crimes é também de difícil consecução. Como provar a procrastinação de uma inscrição de alunos em um estabelecimento de ensino? Como provar que esta procrastinação se deu em decorrência de preconceito advindo da deficiência física do aluno?

Muitas de nossas leis são puramente formais, senão hipócritas. Racismo, na delegacia de polícia, é tratado como injúria. Tortura é tratada como crime de lesões corporais ou abuso de autoridade. Com a tipificação de crime de tortura esperamos poder dispor de meio mais eficiente para tratar do assunto e punir eficazmente, inclusive, os agentes públi-

cos que violam criminosamente os direitos humanos, através da utilização de meios violentos para obtenção de provas e confissões, senão para a obtenção de vantagens privadas ilegais.

O zelo pelo efetivo respeito aos serviços relevantes assegurados pela Constituição também constitui arma poderosa nas mãos do Ministério Público. Nesse sentido, o Ministério Público tem legitimidade para ingressar com ações de investigação de paternidade, pode efetivamente garantir o ingresso de alunos em escolas, enfim, possui legitimidade para promover inúmeras ações que podem garantir o respeito aos direitos básicos da sociedade.

O controle externo da atividade policial é uma área que também merece do Ministério Público uma atenção especial. Trata-se de uma função institucional ainda não aproveitada completamente, mas que já apresenta resultados visíveis, quando o Ministério Público entra em ação, fiscalizando as atividades policiais e inibindo os abusos e arbitrariedades policiais.

A polícia, instrumento de manutenção de poder durante a ditadura militar cometeu diversos abusos e violações dos Direitos Fundamentais. Inicialmente vigorava a ideologia de Segurança Nacional que, com a redemocratização política, perdeu o sentido. Porém, a tecnologia da tortura que deveria ter desaparecido com a ideologia da segurança nacional e as práticas arbitrárias dos órgãos de repressão perpetuados durante a ditadura militar, continuam presentes na sociedade brasileira e os abusos nos órgãos de segurança pública continuaram a ocorrer. O Ministério Público incomoda os que recalçam em desrespeitar o

Estado Democrático de Direito (Art. 1º da CF/88).

A tortura constituiu o maior desafio a ser vencido pelo Ministério Público. Novas tecnologias foram sendo implantadas, de modo a fazer com que a tortura seja praticada de modo a não deixar vestígios. Na linguagem policial trata-se de “método científico”, expediente utilizado para obtenção de confissões mediante coação moral, e mesmo com a utilização de mecanismos de violência física que não deixam vestígios. Tal “tecnologia” da barbárie invisível acaba mascarando as torturas em qualquer exame médico legal e termina por impedir que as autoridades tomem conhecimentos dos fatos. A tortura teima em sobreviver no ambiente democrático instituído pela ordem constitucional vigente.

Durante o regime militar, a tortura era aplicada para conter a “subversão” e os inimigos do regime militar, tendo um caráter eminentemente político. O final da ditadura trouxe a impressão de que com ela estaria encerrado o ciclo da tortura e das perseguições; ledo engano. Em verdade, o regime militar acabou, mas a prática de tais atrocidades migrou para o aparato repressivo do Estado, especialmente para os órgãos encarregados da segurança pública. O levantamento de tais fatos é difícil e requer coragem e paciência dos investigadores. Os métodos modernos empregados para os maus tratamentos são insidiosos. Raramente estas atrocidades deixam vestígios aparentes. Devido a prática de diversos maus tratamentos, com emprego de energias mecânicas (lesões corporais), bioquímicas (inanição) ou biodinâmicas (choque), a determinação médico legal da tortura deve levar em conta um conjunto generalizado de

sintomas. Devemos também nos lembrar que por quaisquer meios, sempre a vítima apresenta um violento comprometimento da emotividade, reagindo ante ao terror, medo, revolta ou submissão. Qualquer “verdade” pode ser arrancada de uma pessoa nessas condições. Em sua quase totalidade as vítimas da tortura são pessoas pobres e desinformadas sobre seus direitos fundamentais.

Constatar e provar tais torturas se constitui em tarefa difícil, tendo em vista que nem sempre é possível levar a vítima ao perito para que realize o exame de corpo de delito a tempo de não ter desaparecido ainda os sinais corporais. Por outro lado, há de se observar que os médicos que realizam tais perícias, na condição de funcionários da Secretaria de Segurança Pública, atendendo a práticas corporativas ou mesmo temendo represália por parte dos membros da polícia, deixam de fazer com devida cautela os exames e os laudos de tortura.

Além das aflições físicas e morais, a tortura acaba por trazer também prejuízos jurídicos às vítimas que acabam confessando crimes que não praticaram, tornando assim mais difícil a sua defesa perante o Poder Judiciário. Inúmeras são as acusações que pesam sobre as autoridades brasileiras que governaram o país durante o regime militar após o golpe de 1964, dentre essas acusações sobressaem aquelas que apontam as referidas autoridades como coniventes e até como fontes de autorização para prática de tortura contra os presos políticos.

Urge divulgar todos esses fatos à sociedade, a fim de que sejam pressionados os órgãos governamentais encarregados da segurança pública em todo o país, no sentido de que sejam tomadas

as medidas jurídicas e institucionais cabíveis. O Ministério Público, fiscal da lei, controlador externo das atividades policiais, por força constitucional, necessita de aparelhamento para poder exercer o seu mister. Para isso, deve ser regulamentado detalhadamente o inciso VII do artigo 129 da Constituição Federal e dos governantes dos Estados espera-se maior atenção e recursos a fim de que a prática da tortura seja banida das dependências policiais.

Outro instrumento poderoso e que vem sendo utilizado com frequência é o inquérito civil público e a ação civil pública. Tratam-se de mecanismos processuais que visam a garantia dos direitos difusos e coletivos. Destinados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos outros direitos difusos e coletivos, tais instrumentos jurídicos estão sendo utilizados para a defesa das pessoas portadoras de deficiência física, crianças e adolescentes, nas lutas pelo direito a um meio ambiente equilibrado, dentre outros.

A defesa das nações indígenas também constitui importante atribuição do Ministério Público. Defender juridicamente os direitos e interesses das populações indígenas constitui um conceito amplo que visa a proteção da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças, das tradições e dos direitos originários sobre suas terras. Tal proteção recai sobre o Ministério Público da União através das Procuradorias da República.

Vivemos uma situação peculiar em nosso país. Temos algumas leis avançadíssimas. Somente para exemplificar, possuímos um Estatuto da Criança e do Adolescente moderno mas que, na práti-

ca, vem se mostrando ineficaz. Possuímos uma Lei de Execução Penal de moldes europeus que vem sendo permanentemente desrespeitada. Possuímos um Código de Defesa do Consumidor avançado, mas que não surte efeito frente a uma grande massa de pessoas que não tem acesso ao consumo. Como podemos falar em direito do consumidor num País em que existem inúmeros cidadãos vivendo dos restos que são depositados em lixões das grandes cidades? Como podemos pensar na proteção integral à criança ao adolescente quando abrimos os jornais e constatamos o trabalho escravo nas carvoarias, nas plantações de erva-mate, plantações de cânhamo (maconha, no norte e nordeste do Brasil) e a prostituição que grassa em alguns estados do Nordeste e Centro Sul do País? Será que podemos resumir o conteúdo das discussões sobre os direitos humanos aos maus tratos que recebe nossa população carcerária? Não seria uma simplificação demasiada de seu conteúdo?

Sabemos que o Brasil é rico em leis. Possui uma estrutura legal que da inveja a muito país dito desenvolvido. O grande problema é fazer com que nossas novas leis sejam cumpridas, porque leis existem para promover direitos humanos no Brasil. O Judiciário (e aqui podemos colocar também o Ministério Público) possuem algumas deficiências que impedem a efetiva aplicação das leis no País. Afinal, não é do interesse das classes dominantes fazer com que as leis sejam cumpridas. Por outro lado, as classes populares quando começam a reivindicar aquilo que lhes pertence, não como esmola, mas sim como direitos garantidos pela lei, a situação muda de figura. De fato, as garantias de direitos funda-

mentais não estão nas leis, mas sim no modo como se aplicam as leis. A relevância não é sobre aquilo que está escrito, mas principalmente no modo como são tomadas as decisões sobre a matéria. Nesse sentido, o Ministério Público pode exercer um papel importantíssimo na garantia da aplicação das leis que já existem.

4 CONCLUSÃO

Como dissemos, muito há de ser feito. O Ministério Público precisa tomar uma atitude mais firme com relação ao respeito aos direitos humanos. Para isso precisa se aparelhar melhor, precisa adquirir uma consciência maior acerca dos problemas do País. É importante, todavia, que mantenha as atribuições que a Constituição Federal lhes conferiu a fim de que possamos tornar efetivo o trabalho de promoção dos direitos humanos. Na medida do possível, o Ministério Público tem feito um trabalho que vai além da retórica e do proselitismo, mas é preciso agir mais, é preciso conferir meios materiais para que o Ministério Público tenha condições de desempenhar seu mister. Por outro lado, o Ministério Público é hoje uma das únicas instituições públicas de defesa da sociedade representada no Estado, porém não submetida aos poderes governamentais capaz de efetivar a promoção dos direitos humanos. Porém, o Ministério Público, sozinho, não conseguiria atingir esse objetivo. É preciso também contar com o Poder Judiciário, para que as proposições do Ministério Público possam ter efetiva ampliação. Outro elemento importante e que não deve ser olvidado é o

intercâmbio entre o Ministério Público e as entidades não governamentais. Pode ser feito um eficiente trabalho de parceria entre o Ministério Público e as entidades não governamentais. Na área do meio ambiente esse trabalho já se faz sentir. Exemplo: mortandade de peixes na usina de Jaguará – CEMIG, fato que se deu recentemente. Falta agora ampliar essa parceria para que os trabalhos sejam mais eficientes. As organizações não governamentais poderão utilizar sua força de mobilização para acionar os canais públicos competentes. O Ministério Público, por sua vez, alimentado pelos relatos não governamentais, com as prerrogativas dadas pela Constituição Federal pode utilizar sua força na defesa dos direitos da coletividade, em especial, dos direitos humanos.

Para tanto, creio que numa atitude inicial poderíamos propor a inserção do direito ao meio ambiente sadio como direito humano. Trata-se da terceira geração dos direitos humanos. E a luta por um meio ambiente sadio capaz de assegurar uma vida mais saudável a todos.

Passar os institutos Médicos Legais para o Ministério Público constitui uma outra providência salutar ao desenvolvimento das atividades do Ministério Público. Dessa forma, o espírito corporativo da polícia pode ser anulado pelo desligamento de tais órgãos da polícia.

A regulamentação do art. 127 da CF/88 é outro obstáculo que deve ser vencido por muitas das ações do Ministério Público esbarraram na falta de clara e precisa regulamentação dessa função institucional.

Quanto as ONGs, é preciso tirar proveito da liberdade de informação e promover mecanismos de pressão econô-

mica contra os países que violam os direitos humanos. As ações do Ministério Público são eminentemente públicas e abertas às participações populares. Assim, as organizações não governamentais podem se utilizar do Ministério Público para canalizar a defesa jurídica de seus direitos. Por outro lado, a publicidade, fator predominante nas ações do Ministério Público pode ser utilizada como fonte de informações para as entidades não governamentais de modo a poderem ter acesso seguro e confiável aos dados a fim de que possa exercer sua função de grupo de pressão, especialmente utilizando-se de entidades internacionais. Com a globalização do mun-

do podemos tirar proveito para pressionar as autoridades. Com as facilidades advindas por exemplo da INTERNET, podemos divulgar de maneira atualizada as lesões aos direitos humanos que ocorrem no Brasil e com isso buscarmos outras formas de pressão – principalmente de caráter econômico - para que possamos lutar por um mundo melhor.

Para encerrarmos, valhamo-nos do que já dissera Prudente de Moraes Filho a respeito do Ministério Público: “*É uma magistratura especial, autônoma, com funções próprias. Não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juizes. Age com autonomia e em nome da sociedade, da lei e da justiça*”.

referências bibliográficas

- FARIA, J. Eduardo. **Justiça e Conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p 11-12.
- LÍRIO, José Nilson de. **Procurador da República no Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, MG (Fax).
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A formação profissional e as funções do Promotor de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, n. 686, dez - 1992, p. 284-309.
- NETO, J. Cabral. **O Ministério Público na Europa Latina**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1974, p. 17.
- ROCHA, Traumaturgo. Sub-Procurador Geral da República e Professor da Universidade Federal do Rio Grande Norte – **UFRN**, Natal/Rio Grande do Norte.



NOSSO CRIME POLÍTICO

Ricardo Prata*

sumário

1. A fronteira entre Ciência Política e Ciências Jurídicas
2. O voto do relator Senador Saturnino Braga no caso ACM/Arruda
3. A instituição do Impeachment
4. O caso Collor
5. A repetição do contexto institucional Collor
6. Antevendo a co-habitação política.

resumo

O episódio que levou à renúncia dos senadores Antônio Carlos Magalhães e José Roberto Arruda, sem que houvesse de fato um processo de cassação, ensejou uma análise política de crime político palmilhando dificuldades conceituais de ciência política face a um público de estudantes de Direito. A análise e conceituação de crime político na forma límpida, ou seja, sem relação com corrupção ou outros aspectos de Código Penal, permitiu refletir a armadilha institucional encontrada no Impeachment do Presidente Fernando Collor de Melo. Partindo de uma análise de Amaury de Souza e de Fábio Konder Comparato verifica-se a ruptura de traços institucionais herdados e eclodidos no episódio Collorgate. É claro, as raízes do conflito nascem com Getúlio Vargas. Pode-se entender aí o brilhantismo de Saturnino Braga e a conseqüente renúncia de Antônio Carlos Magalhães, confirmada após a redação deste artigo. Avança a democracia brasileira

A conseqüência prática da contradição constitucional/institucional verificada é uma tendência de alta politização de casos como o narrado, onde o próprio Impeachment aparece como "voto de desconfiança" ao estilo parlamentarista e pressiona o atual Executivo. Isto ocorre sem a intervenção do poder judiciário, atento e imobilizado no caso de medidas provisórias. Conclui-se que a armadilha tenderia a se resolver pela introdução política legislativa do Parlamentarismo face a hipótese como a eleição de Lula. Em contexto semelhante, isto aconteceu na França na eleição de Mitterand e a necessidade de solucionar conflito semelhante. Em nossos antecedentes temos o curto Parlamentarismo com João Goulart, tendo Tancredo Neves como primeiro ministro improvisado pelo Congresso.

1 INTRODUÇÃO

Espero a compreensão e certa complacência acadêmica de meus colegas juristas na ousadia desta redação, mas é claro que, ao mesmo tempo, desejo ouvir as indagações de meus alunos e a crítica científica de meus pares. Este texto nasce de uma aula à qual não podia me

furtar embora não estivesse programada no Plano de Ensino do curso, e fico réu confesso deste desvio de conduta. E, advirto, ainda, que navego nas fronteiras imprecisas entre o Direito e a Ciência Política. Fico naquele espaço ou momento histórico, onde ainda não se promulgou a lei ou finalizou o ato parlamentar, onde os atores são os políticos, mas, já dependentes de assessorias jurídicas.

* Ricardo Prata é mestre em Ciência Política pela UFMG, possui diploma de estudos aprofundados pela Sorbonne, ex-professor de Pesquisa em Opinião na PUC-MG, atualmente é professor de Ciência Política no Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

É o bastidor da redação dos projetos-lei, com toda a certeza que promulgados entrarão no palco da legalidade. É a cozinha onde se misturam temperos e se regula o fogo lento daquilo que pode se tornar saboroso e belo nos ornamentos ao ser apresentado à mesa como prato típico. Espero que meus eventuais leitores lembrem-se que a ciência política, neste país, sofreu uma separação não-amigável, ainda no seu berço, das ciências jurídicas, especialmente da Teoria Geral do Estado. E, saibam que neste retorno sofremos censuras e um certo voto de desconfiança. Daí o meu receio de penetrando na zona fronteira ultrapasse os limites pouco demarcados.

O “crime” político de ACM e José Roberto Arruda é o mais belo feito de nossa jovem democracia, embora não possamos dizer que houve de fato, já que nem processo houve. Daí a beleza e a contestação quase-jurídica da frase do senador Saturnino Braga, competente economista, que pelas investigações preliminares e sumárias declara crime punível pela cassação de mandatos os senadores Antônio Carlos Magalhães, no momento do seu exercício no mais alto cargo do sistema democrático e o senador José Roberto Arruda, no momento do exercício da mais direta representação política da Presidência da República no Congresso. Vale a pena reescreve-lo: “finalmente, que deste processo resultou patente a existência de indícios bastantes de prática de atos contrários à ética e ao decoro parlamentar, de modo a justificar a abertura de processo de cassação, mediante as competentes representações contra os senadores (...) por fato sujeito a pena de perda de mandato, o nosso voto é pelo encaminhamento dos autos deste processo à mesa diretora do Senado Federal, para que esta delibere,

nos termos do parágrafo segundo do artigo 55 da Constituição Federal e do artigo 13 da Resolução número 20 de 1993.”

Pode-se alegar que a suspeição de crime político se confirma pelo ato de renúncia realizado e anunciado por cada um dos acusados. E isto ocorre num momento em que a renúncia não aguarda a decisão da Mesa de instaurar ou arquivar a proposição investigativa do Conselho de Ética. Passado este momento de ante-sala, a renúncia estaria sujeita às normas do Decreto Legislativo número 16 de 24-3-94, conforme se lê no artigo 55, ficando sujeita à condição suspensiva ou de arquivamento. Portanto, a renúncia é pré-judicial e absolutamente política. Para o Direito não houve processo, para a Ciência Política o processo se completou com a renúncia preventiva, e para o povo, parafraseando o quase-voto do senador Lauro Campos: “o totem caiu, a punição simbólica não deixa de ser exemplar”. Já houve os choros e velas, as alegrias e aplausos.

Mas, há dois outros aspectos que motivam a declaração “do mais belo feito de nossa jovem democracia”. Primeiro, que diferentemente do caso do senador Luís Estevão já cassado e respondendo a processo na Justiça e, mesmo do caso do Presidente Collor, absolvido na Justiça, e posteriormente, ainda tendo que cumprir a pena de cassação, tratava-se de crime político puro sem conturbações com crimes comuns, especialmente de corrupção. Portanto, especialmente exemplar para o interesse democrático. Segundo, o processo de investigação preliminar foi iniciado pelo Procurador Luiz Francisco de Souza, no famoso e contestado caso da fita mal gravada, agora com veracidade comprovada pela Unicamp, onde ele gravou a declaração de ‘poliscídio’ do então Presi-

dente do Senado Federal. Quero crer que o eminente procurador sabia que o crime não estava na alçada da Justiça, e que encontrou uma maneira ‘desviante’ de não se furtar à condição fundadora de cidadão. E, em terceiro lugar, pelo fato de o ex-presidente do Congresso declarar em sua defesa pública preliminar, ao ar, no ato de verificação ‘policial’, que escondeu a verdade por “razões de estado” chamando a si uma justificação lamentável que perdeu por 20 anos e fundamentava a república autoritária dos governos militares. Por pouco, ACM não evocou a questão em nome da Segurança Nacional. E, portanto, este fato e a resposta de Saturnino Braga parece deliciosa para quem não se conformou ao arbítrio e simboliza uma pá de cal numa brasa ainda fumegante na madeira de lei baiana que soube se acender e ascender naqueles períodos obscuros. Até a aroeira do mouro da cerca da sesmaria, do mastro do chauvinismo e do tronco escravocrata fenecem na capoeira do autoritarismo.

Assim, minha fala política, é comparativa ao caso de Impedimento de Collor e passa a se referir ao contexto de proposições diversas de CPI’s contra o Presidente Fernando Henrique Cardoso e a crescente indignação popular que leva o nome ambivalente de ‘corrupção’. Mas, antes me permitam completar uma aula aos meus alunos que insistem em afirmar, mesmo em prova escrita, que caberia aos senhores senadores recursos diversos à Justiça.

Confesso que sou obrigado a dizer aos meus alunos - que nos primeiros dias de sua iniciação ao curso de Direito afirmam que “a política é corrupta” - que são estes senhores imputados de corruptos que escreveram a Constituição e quase todo dia aprovam novas leis, que eles estudantes terão que ler e acompanhar.

É uma força de expressão para preservar o mérito de minha matéria pouco reconhecida. Embora legalizada pelo ementário, quase sempre ela fica carecendo de legitimidade perante uns e outros. É claro, que me cuido em afirmar, como no caso do processo que ameaçou ter sido, que caso houvesse, haveria de processualmente seguir os ditames jurídicos com direito a defesa dos acusados e tudo mais.

Poderia me bastar com uma aula Kantiana que dá razão à soberania popular que se funda na eleição do Parlamento e, que na forma clássica nomeia o Executivo e o Judiciário. Mas, infelizmente para nós, que ensinamos sob a égide do presidencialismo, neste contexto de desprestígio do Congresso, onde a imunidade muitas vezes acoberta a impunidade dos subalternos protegidos sob o nome incorreto de “crime político”, nós vivemos sob o pré-conceito de autonomia completa dos poderes do Estado Democrático de Direito. E particularmente isto ocorre no caso da instituição política do ‘impeachment’ que nasceu Inglesa, mas que já desapareceu sob o Parlamentarismo, não ficando, portanto, inscrita nas lições germânicas dos cursos contemporâneos.

E é por esta razão que tenho que retornar ao caso Collor, gerador desta dúvida. Assim, me permitam, também, evocar alguns artigos de nossa Carta Política.

Cabe privativamente à Câmara dos Deputados: “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros do Estado” (art. 51). E “compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente

da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade” (art.52). E, neste mesmo artigo se prescreve que cabe ao Senado aprovar previamente após argüição os magistrados. Este princípio fundador se complementa como corolário, na competência do Supremo Tribunal Federal, “processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” poder complementado no item c) quanto aos Ministros de Estado e Comandantes, como se pode ler no art.101. Grife-se: infrações penais comuns.

Nas Constituições Europeias, o estatuto do “impeachment” desaparece substituído que foi no Parlamentarismo pelo “voto de desconfiança” que derruba em poucas horas o executivo. Mas o ‘impeachment’ permaneceu na Constituição Norte-Americana e dela copiamos para a Constituição brasileira de 1891 e continua em vigor sob as regras processuais da Lei 1079 de 1950. Ocorre que a defesa de Collor questionou com relativo sucesso o processo de Impedimento movido contra ele pela Câmara dos Deputados e deixou no “ar político” muitas dúvidas. Esta questão é claramente esclarecida por Fábio Konder Comparato (1). Assim, não é de se estranhar uma memória polvilhada de intervenção judicial, em caso nítido de crime político, sob a soberania de investigação, proces-

so, julgamento e execução pelo próprio Senado Federal, como instancia primeira e última. E se não bastasse a dúvida herdada da defesa de Collor, temos a novíssima proposição dos juristas ímpares, como Bandeira de Mello, Dalmo Dallari, Fábio Comparato, Goffredo da Silva Telles e Paulo Bonavides, endereçada à Câmara dos Deputados e datada em 18 de maio de 2001. Nela imputa-se ao Presidente da República o crime de ‘proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo’. Também aí, se recorre a Lei 1079 de 1950 no item de “suborno ou outras formas de corrupção”. Embora, explicitamente se refira a “oferta de liberação de verbas orçamentárias” com o objetivo de abafar a tentativa de CPI, pode parecer que temos novamente o crime político.

Ouso aqui, distinguir a corrupção com objetivos políticos, do puro crime político como é o caso dos senadores. É claro que a indignidade do lobismo presidencial utilizando-se de verbas públicas, mesmo que aprovadas e com destino legítimo no orçamento, funde o crime comum com objetivo que fere a responsabilidade administrativa. E, é fácil, entender o crime político puro, sob a alegação de José Roberto Arruda dizendo que não roubou ou cometeu crime. Assim, me permitam recorrer à pesquisa de Comparato, que no esforço desta distinção, recorre ao professor Black (pág. 118 obra citada) com seu exemplo ímpar e incomum mas sem ambigüidade: “um exemplo de crime passível de impeachment porém não indiciável seria o presidente dos EUA mudar-se para a Arábia Saudita para poder ter quatro mulheres e propor conduzir a presidência de lá, via correio e telegrafo.” O exemplo seria supérfluo se já houvesse o processo de impeach-

ment de Clinton, caso sexual com a Secretária em lugar indevido, ou seja crime de quebra de decoro, seguido de mentira. Cabe complementar que se a moça o levasse ao seu apartamento (o dela), não haveria razões de processo.

Fica evidente que sob o continuado clamor popular contra a corrupção, desde quando se elegeu Jânio Quadros pela sua vassoura mágica e Collor, trinta anos após, pelo seu rifle de caçador de marajás, a imensa demanda de uma CPI da corrupção, quase unanimidade pública, sobrepõe uma questão histórica e maior, diriam muitos, sobre o 'simples' decoro. E nisto reside a dimensão simbólica do presente caso. Mesmo que não seja verídica a insinuação de que a lista tenha sido usada por FHC para saber sobre quem agir ou cobrar as verbas já liberadas, o Conselho de Ética, sabiamente, distinguiu o ato político. E ele clama pela existência de atos senatoriais isentos e independentes. Só assim, esta ação nos permite e impele à fundamental crença no legislativo como a própria condição de crença na democracia. Ao contrário, seria aberta a corrida eleitoral presidencial à busca daquele incorruptível, na busca infantil de nova vassoura, rifle ou sei lá o que.

A meu ver, cabem indagações prévias. A primeira respondida por Amaury de Souza (2) se refere às razões que nos levam a esta repetição histórica que não é farsa. A segunda, refere-se à permanência de uma prática denominada popularmente de "corrupção política" como crime político e não como crime comum de corrupção acobertado politicamente. A terceira, a possibilidade do desenvolvimento e da maturidade democráticas, dentro dos limites constitucionais dados, sem uma nova bandeira casuística de reforma da Constituição, ou se, a crise é

institucional ou constitucional, como já o fazia Fábio Wanderley Reis em 1975 (3). E, um quarto ponto, que significa uma evolução histórica do processo de "impeachment" para voto de desconfiança, mesmo em nosso caso, e que se combina com um tipo especial de pressão popular, opinião pública.

Primeiro: Amaury de Souza levanta com clareza o conflito institucional gerado pela Constituinte que seguiu o modelo Parlamentarista dando poderes ampliados ao Senado e reduzidos para a função presidencial. Este modelo ficou contraditado quando o Plebiscito decidiu pelo Presidencialismo. Assim, ou bem o Presidente abusa das Medidas Provisórias ou ele fica refém dos amplos poderes do Senado. FHC acaba seguindo os passos de Collor. Tendo prestígio popular abusa das medidas provisórias, perdendo o respaldo original compõe passando a nomear apadrinhados, numa forma de parlamentarismo mitigado. O poder dos congressistas de gerar emendas na montagem do Orçamento Federal se torna depois o contra poder de liberar ou não a verba clientelista pelo corte orçamentário no executivo. Esta armadilha institucional/constitucional continuará pronta para o próximo presidente qualquer que seja, a menos que tenha uma base partidária majoritária. Esta base extraordinária é difícil face ao nosso modelo partidário fragmentarista. E esta é a segunda contradição que nos aponta este cientista político se repete aritmeticamente. No primeiro turno das eleições que elegeram Collor, o PRN, seu partido, tinha 2.6% das cadeiras do Congresso e ele 28.5% dos votos. O PFL detinha 20.8% das cadeiras e, seu candidato Aureliano Chaves teve somente 0.8%. O PMDB que alcançava 39.7% das cadeiras, só conseguiu 4.4% dos votos com Ulysses

Guimarães. O PT, por sua vez, com 3.2% das cadeiras, chega a 16.1% do eleitorado. Em resumo, Collor, Lula e Brizola, somados alcançaram 60% dos votos diretos detendo 11% dos parlamentares. Os partidos fortes no Congresso ficam fracos na eleição presidencial. O critério federativo que estratifica o eleitorado federal não resiste a livre computação do eleitorado nacional.

O quadro atual é semelhante: nem PFL nem PMDB que dominam o Congresso tem candidatos viáveis. Na lista dos presidenciáveis, segundo recentes pesquisas, aparecem: Lula, Ciro com seu pequeno partido, Itamar com sua síndrome de sem partido, e em quarto o dissidente ACM. O PT, mesmo dobrando sua bancada dependeria de um grande partido para governar. Lula, Ciro e Itamar somam 60% das intenções de voto. Esta segunda contradição decorre do fato de haver uma distorção na representação dos Estados, onde os votos de um deputado de Roraima, por exemplo, com eleitorado igual ao de Uberaba, equivalem 40 vezes mais que um deputado de São Paulo. No momento, da eleição presidencial, os votos válidos de São Paulo equivalem 5 vezes os votantes da Bahia, para citar o estado mais populoso do Norte, Nordeste e Centro Oeste juntos. E, é por isso que há uma tendência conflitante entre a eleição renovadora para Presidente e conservadora para o Senado e mesmo para a Câmara dos Deputados.

Segundo. Trata-se da inevitável conciliação entre a modernidade do executivo e o tradicionalismo do senado, que tem suas raízes na ditadura Vargas. Quando o presidente, mesmo ditatorial, concilia com as oligarquias instaladas no Congresso, para ter liberdade de governar a economia modernizada pela bar-

ganha com o clientelismo, gera outra síndrome, popularmente denominada de “corrupção política”. O apadrinhado pelo senador X, que usa do cargo cedido pelo Presidente, para angariar recursos políticos, seja clientelísticos ou pecuniários em nome do poderoso político, quando pego na falcatura, é protegido em nome da imunidade do padrinho. O roubo torna-se ‘crime político’, e o eventual inquérito é abafado. A imunidade parlamentar do padrinho influente torna-se a impunidade criminal do ministro, diretor ou mesmo técnico. Esta imagem construída e repetida durante 70 anos, gera a tradição que engendra a suspeição da nomeação para fins políticos traduzida em corrupção premeditada e certa. O declínio crescente e histórico da imagem do homem público que dá lugar a imagem fortalecida do consumidor ou do empresário bem sucedido (e que ainda paga muito imposto), corrobora também para o sentimento do aproveitamento pessoal do cargo político. Cabe lembrar que esta subcultura política não tem como se desenvolver sob o parlamentarismo e nem nos EUA, sob um presidencialismo livre da imunidade parlamentar.

A terceira questão se atém à possibilidade de uma revisão constitucional que desarmasse a armadilha. Melhor considerar que se trata de uma especificidade de nosso desenvolvimento político democrático. Uma tarefa de complementar a transição, apagando os resquícios do autoritarismo e preparando a maioria de nossa democracia na puberdade de seus 13 anos. O mestre Fábio Reis nos escreveu que a vigência do ‘mercado político’ supõe que: “tenha sido resolvido o problema constitucional, isto é, que haja a adesão generalizada às regras do jogo e a vigência efetiva delas” (pág.132). Ele diria, ainda, que o evento

ACM foi uma “situação Hobbesiana de fraude” das regras do jogo, tentativa espúria de fraudar a constitucionalização da política democrática. Daí a invocação das ‘razões de estado’.

Não há clima econômico para o retorno ao intervencionismo institucional autoritário. Ao contrário, ainda estamos no tempo de ajuste fino e estabilidade econômica gerada nos sete anos do Plano Real, que continua indicando uma postura avessa a grandes mudanças políticas. Mesmo que se acrescente elementos naturais de trovoadas ou apagões. E se sob o apagão surge a oportunidade de se evocar o primado de um Geisel, acima da imprevisão dos comuns mortais.

Nem o PT resiste mais a evocação do intervencionismo estatal e ruptura com os compromissos globalizantes. Ele tem que desbotar para rosa, sem choque, sua cor, para se tornar palatável ao sistema ao qual se compromete na defesa constitucional. Alguns ex-militantes, inconformados, já o denominam Partido da Ordem, cumpridor ético das finanças públicas, onde a cor púrpura parece purpurina, e ele abdica de ter um projeto nacional em nome da experiência consagrada do controle comunitário dos orçamentos municipais. O PT, face à sua imagem ilibada, não pode cometer nenhum pecado venial, transacionando com políticos ou favorecendo empresas. O país não permitirá aventuras econômicas. O santo do período é o São Betinho do restaurante popular, da comunidade solidária e da renda mínima de sobrevivência. Não caberia, portanto, nenhum projeto de Constituinte ou de ampla reforma institucional, agenda inconclusa do primeiro governo FHC. A Era Vargas definha mais pela privatização das empresas, antes abrigadoras do empreguismo político, do que pelo esquecimento

do populismo latino-americano. A conjuntura está mais para o Udenismo tardio que para o populismo peronista. O tempo dirá se foi possível desarmar a arapuca institucional, com os novos atores que se apresentam na arena democrática.

Finalmente, a última questão que compõe este quadro analítico. Trata-se da superação da tradicional espera de quatro anos entre um governo eleito e o próximo. A velocidade da comunicação como que apressa o divórcio popular com o eleito e gera um espécime de “voto de desconfiança” presidencialista. Assim, como a instituição do voto de desconfiança substituiu na Europa o ‘impeachment’ e mantém o poder de governabilidade aparentemente instável, o impedimento de Collor criou um sentimento de que a opinião pública pode intervir a qualquer momento, declarando suas insatisfações. Criou-se uma nova síndrome, a dos últimos anos de governo, onde o povo já pensa no novo como que antecipando a preferência eleitoral e declarando o cansaço das promessas eleitoreiras não cumpridas. Pratica-se um “des-voto” antes mesmo de o eleito cumprir seu mandato. Se a 100 anos, 4 era tempo curto para o divórcio político, hoje 4 anos é tempo demais para a Era de ‘Mac Luhan’. O “des-voto” é como a devolução do produto fruto da propaganda enganosa.

É claro, que alguém pode objetar, como se faz sempre, que é mais fácil criar-se o parlamentarismo e equacionar de vez o conflito. É verdade. No entanto, o presidencialismo continua vivo na imagem do novo homem forte, honesto e salvador, que deve por ordem na casa. E não há como contrariar um plebiscito com outra forma que não o de referendo. Isto não é factível num final de go-

verno impopularizado. A única possibilidade de uma revisão constitucional, desatando o nó da contradição instalada e institucionalizada, pode ocorrer num momento de pós-eleição presidencial. Mas, se buscarmos a história da posse de João Goulart, o vice-presidente trabalhista, vamos encontrar uma solução de compromisso do que se denominou, na França de Mitterand, de “co-habitação política” e, aqui, se improvisou um Primeiro Ministro com Tancredo Neves. Isto pode ocorrer num Brasil próximo, e nunca nos esqueçamos compromissado com o FMI, onde o eleito, Lula se torna o presidente guardião da moralidade pública e se compromete a aceitar um gabinete que: preserve o Pedro Malan; o banco central independente; o pagamento da dívida externa; a manutenção das empresas privatizadas, etc. etc. Cristóvam Buarque com clareza anteviu e declarou a necessidade de se manter Pedro Malan como condição de governabilidade. Basta acrescentar a isto a ampliação do programa de renda mínima do senador Eduardo Suplicy, dos assentamentos agrícolas com o MST e da garantia da punição da corrupção, sem intervir nos compromissos internacionais e estaria feita a co-habitação numa

forma parlamentarista novamente improvisada, onde o Senado decide sobre a escolha dos ministros, sob lista tríplice, e abdica dos apadrinhamentos tornados impossíveis na nova ética, do PT. Neste quadro provável, a corrupção se reduziria a crimes comuns, perdendo sua atual conotação política e a instituição do “impeachment” pesaria com uma espada suspensa sobre o presidente eleito. Este casuísmo é mais provável que derrubar o estatuto da imunidade dos parlamentares, seguindo a prudência jurídica norte-americana.

Na atual conjuntura, pela sua viabilidade e facticidade, o estatuto do Impedimento está substituindo a moderna instituição do voto de desconfiança próprio do parlamentarismo pleno na Europa. E se adotado, no meu exercício de previsibilidade para o ano 2003 (condição da natureza da ciência política e que se distingue da historiografia política), toda a síndrome de que ‘todos políticos são corruptos’ - exceto no momento inspirado em que redigem a Constituição - desaparecerá como uma mágica democrática a ser explicada ‘post factum’. Mas aí, a Ciência Política dá lugar à História do Pensamento Político.

referências bibliográficas

- COMPARATO, Fábio Konder. O processo de impeachment e a importância constitucional do caso Collor. In: ROSENN, Keith S.; DOWNES, Richard (Org.). **Corrupção e reforma política no Brasil**. São Paulo: FGV, 2000. cap. 4, p. 111-126.
- REIS, Fábio Wanderley. **Mercado e utopia**: teoria política e sociedade brasileira. São Paulo: EDUSP, 2000.
- SOUZA, Amaury de. O Impeachment de Collor e a reforma institucional no Brasil. In: ROSENN, Keith S.; DOWNES, Richard (Org.). **Corrupção e reforma política no Brasil**. São Paulo: FGV, 2000. cap. 5, p.127-165.



O INSTITUTO DA DESISTÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juliana Bizinotto de Freitas*

sumário

1. Introdução
2. Conceito jurídico
- 2.1. Aparição histórica da desistência
- 2.2 Espécies de desistência
- 2.2.1 Quanto à forma
- 2.2.2 Quanto aos efeitos
- 2.2.3 Quanto à extensão
- 2.3 Desistência Condicional
- 2.4 Oportunidade para requerê-la e o consentimento do *ex adverso*
- 2.5 A revelia do réu
3. Encargos da desistência
- 3.1 No Código de 1939
- 3.2 Despesas, multas e honorários advocatícios
4. Sentença Homologatória da desistência da ação
- 4.1 Efeitos
- 4.2 Natureza
5. A desistência nos procedimentos
- 5.1 No procedimento sumário
- 5.2 No processo de execução
- 5.3 No processo cautelar
6. A desistência nas relações jurídicas continuativas
7. A desistência no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública.

resumo

O artigo em questão teve como prioridade enfatizar a ocorrência da desistência no Direito Processual Civil, delinear os limites de um instituto não muito usado na prática forense, mas de considerável valor jurídico. Partimos da premissa onde tudo tem uma razão de ser, aqui isso aparece quando tratamos da aparição histórica da desistência no ordenamento legal brasileiro, chegando à conclusão de como é recente o nosso direito. O texto elucida também as diferentes maneiras pelas quais a desistência se manifesta, podendo ser parcial quando enseja o abandono de parte de um direito que comporta fragmentações, condicional quando a aquiescência da parte *ex adversa* torna-se essencial à concretização do ato, seja ele um acordo ou uma transação, e ainda pura e simples, que seria a desistência desvinculada de qualquer fator externo, como ocorre nos casos onde o autor desiste da ação antes de efetivado o contraditório.

1 INTRODUÇÃO

No mundo jurídico, tudo o que se propõe visa a um fim. Alcançar, talvez, o que está estabelecido em lei. No processo civil brasileiro, pelo menos, nem sempre os fins são os pretendidos, pois a lide, ao começar, pode ter desfechos diversos, alguns anormais, como a desistência da ação, que nos propusemos enfatizar melhor neste trabalho.

Percebendo essa anormalidade pouco discutida, inclusive pela doutrina pátria, mas presente na maioria das orde-

nações jurídicas mundiais, procuramos desenvolver um trabalho de compilação que delineasse um perfil comum dos desencontros de opiniões sobre o tema escolhido, e também expor as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto. Separamos um capítulo que trata de sua ocorrência no procedimento sumário, como também no processo de execução e no processo cautelar.

Demonstramos o instituto da desistência, desde sua aparição histórica até os dias de hoje, o momento de sua ocorrência, a necessidade da aquiescência do réu, seus encargos, sua natureza jurídi-

* Juliana Bizinotto de Freitas, Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia - Advogada

ca, entre outros, e, ainda, a sua ocorrência em leis esparsas, como na Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e também em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, como na Itália, Espanha e Argentina.

Destinamos um capítulo à parte para tratar especificadamente da desistência nos recursos, pois sua ocorrência somente tem efeito depois de interposto o recurso, se feita antes, configuraria a sua renúncia.

Distante de espelhar um estudo exaustivo sobre o tema, o esclarecimento aos profissionais da área foi um dos nossos objetivos, já que não existe em circulação obra destinada exclusivamente a suprimir dúvidas sobre esse assunto.

2 CONCEITO JURÍDICO

Derivado do verbo latino *desistere* (mudar de parecer, cessar, descontinuar de, parar), significa, na terminologia jurídica, a renúncia que se faz de alguma coisa ou de algum direito, seja em consequência de evidente abandono, seja motivada por uma transação.

Dessa forma, como transação, a desistência mostra-se como uma “renúncia recompensada”, ou seja, anotam-se concessões mútuas acordadas entre o desistente e a pessoa a favor de quem a renúncia é manifestada.

Leib Soibelman¹ interpreta a desistência como um ato de renunciar, abandonar, abrir mão, não prosseguir, retratar, exonerar. O nobre escritor torna o

instituto um pouco extenso e comprometedor dentro do patamar jurídico, porquanto renúncia e desistência são termos de significações diversas dentro da estrutura legal. Para ele, a desistência pode ter por objeto direitos, ações e coisas. Elucida, ainda, o termo: “desistência para todo o sempre”, que, em seu entendimento, é a renúncia irrevogável de um direito, de uma ação para protegê-lo, ou de uma coisa.

Pontes de Miranda,² diferentemente de outros autores, define a desistência como sendo: “declaração processual, unilateral, de vontade, que faz o autor, de não mais querer continuar a demandar, isto é, continuar a exercer a ação no processo que iniciara”. Gabriel Rezende Filho³ coloca a desistência como um meio excepcional de por fim em uma ação, no que lhe damos razão, pois o processo deve ter um fim natural, que seria a prestação jurisdicional do Estado perante a situação jurídica posta em juízo. Utilizamos da expressão “fim natural”, pois entendemos estar implícita, aqui, uma sentença final de mérito, colocando fim a uma lide.

De Plácido e Silva,⁴ em sua obra *Vocabulário Jurídico*, entende que “a desistência da ação seria o ato pelo qual o autor de uma demanda renuncia ao andamento dela.” É renúncia do andamento, porque, em princípio, a desistência da ação não revela a renúncia do direito que a motivou, salvo quando a desistência envolve transação, caso que será analisado com mais afinco nos itens posteriores.

1 Leib Soibelman, *Enciclopédia do Advogado*, 2a ed.

2 Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1974.

3 Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, 5a ed., p. 200, 1957.

4 De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 1982.

O nobre jurista José Rogério Cruz e Tucci⁵ dá o seguinte conceito sobre desistência da ação: *é a abdicação expressa da posição processual alcançada pelo autor após o ajuizamento da ação.*

Para concluir, poderíamos simplificar o exposto dizendo que a desistência seria uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dependendo da oportunidade em que seria requerida, feita pelo autor, de não querer mais prosseguir com aquele processo, com aquela ação. Declaração de vontade, porque o autor seria o único legitimamente interessado em por fim a uma situação jurídica iniciada por ele. Ele abdica de uma situação criada por ele. Seria unilateral se o requerimento não alcançasse o ato de citação do réu consumado, situação que, se consumada, exigiria a concordância da parte contrária para ser efetivada, por isso, salienta o termo “bilateral”.

O autor não tem mais a intenção de prosseguir no processo, muito diferente de renunciar ao processo, pois aquele põe fim ao processo como meio utilizado para adquirir, modificar, resguardar ou extinguir direitos. A renúncia estaria implicitamente ligada ao direito, que justifica a provocação do poder jurisdicional do Estado.

Faz-se necessário levar ao pé da letra o significado de desistência, para não conferir similitude com o termo “renúncia”, pois este, dentro do contexto jurídico, esboça situações e conseqüências diversas daquela.

2.1 Aparição histórica da desistência.

A desistência esteve presente na idéia do legislador brasileiro desde o início do

século XX. O Código de Processo Civil com Anotações,⁶ de 1922, trazia de modo simplificado a questão da desistência da ação. Havia nele apenas dois parágrafos que mencionavam o assunto.

A primeira referência à desistência estava prevista em seu artigo 55, que dispunha *in verbis*:

“Art. 55. O auctor, depois de proposta a acção, não poderá variar ou alterar a substância do pedido, sendo-lhe, todavia, permitida a addição ou a emenda antes da contestação, ou a desistencia, com o protesto de renovar o pleito, pagando as custas.

Paragrapho único. Depois de contestada a acção, sómente por accordo das partes pôde dar-se a desistencia, salvo impugnação infundada, que será apreciada pelo juiz da causa”

Já a segunda referência estava implícita no artigo 213, que tratava *in verbis*:

“Art. 213. A desistencia da acção não obsta o seguimento da reconvenção, desde que esta tenha sido offerecida anteriormente.”

Percebe-se que eram sucintas as disposições acerca da desistência da ação, resumindo-se em apenas dois parágrafos. Hoje, o Código trata a matéria de uma forma mais ampla, dando maior segurança àqueles que, às vezes, necessitam fazer uso do instituto.

A partir do Decreto de n.º 16.752, de 31 de Dezembro de 1924, o Código de Processo passou a dar tratamento diferente à desistência da ação. Agora, mais artigos dispunham sobre o assunto. Note-se, aqui, que, a desistência passou a ser melhor organizada no Código Pátrio.

5 José Rogério Cruz e Tucci, *Desistência da Ação*, 1988.

6 Arthur Ribeiro, *Código de Processo Civil com Anotações*, 1922.

O artigo 113 do Código de Processo de 1931⁷ era um dos dispositivos que trazia *in verbis*:

“Art. 113. O autor, depois de proposta a ação, não poderá variar, ou alterar a substância do pedido, sendo-lhe, todavia, permitido fazer adições, ou emendas antes da contestação, ou desistir da ação com protesto de renova-la, pagando as custas.”

Dentro do capítulo que tratava da defesa, havia o artigo 142, que previa a admissão da desistência, após a defesa, apenas por acordo entre as partes. Ainda nesse artigo, levava-se em consideração a impugnação tida por improcedente feita à desistência, fator que tornava a desistência aceita, pois assim dispunha o artigo:

“Art. 142. Depois da defesa, a desistência só é admissível mediante acordo das partes, salvo quando a impugnação feita à desistência fôr manifestamente improcedente”

O artigo 283 desse mesmo Código nada mais era do que o nosso atual artigo 26 do Código de Processo Civil em vigor; aquele dispunha da seguinte conjuntura:

“Art. 283. Terminando o processo por desistência, ou confissão, as custas serão pagas pela parte que desistiu, ou confessou; e se terminar por transação, serão pagas por metade, não havendo acordo sobre o seu pagamento.

Parágrafo único. Quem desistir de parte do pedido, ou confessar parte dele, pagará das custas vencidas a quota proporcional à parte de que tiver desistido, ou confessado.”

O artigo 213 do Código de 1922 não apresentou alteração contextual alguma

no Código de 1931, tão somente no diz respeito à organização dos dispositivos, pois passou do artigo 213 para o contexto do artigo 179, mantendo a mesma idéia.

Observa-se que a evolução dos Códigos de Processo Brasileiro apenas organizaram melhor o assunto, traçando e prevendo, de forma coerente e hábil, a desistência da ação, não dando margem às lacunas da lei.

2.2 Espécies de desistência.

2.2.1 Quanto à forma: expressa ou tácita.

Da análise do pressuposto formal, a desistência poderá ser expressa ou tácita, sendo que a primeira ainda se subdivide em pura e simples e condicional. Será expressa, como o próprio termo diz, quando for manifestamente escrita ou verbal; será tácita quando a parte, vendo-se em situação que permitiria a sua manifestação, fica inerte, abandonando a causa ou o recurso.

A espécie de desistência expressa pura e simples ocorrerá, quando o ato de desistir não depender da aquiescência do adversário, quando ainda não tiver sido contestada a ação. Já a desistência expressa condicional ocorre quando houver de ser integrada do assentimento do *ex adverso*, por haver sido junta sua contrariedade, ou resultado de acordo ou transação. Teixeira de Freitas dá ampla conceituação a essa espécie, dizendo que “a desistência condicional é a que provém de transação ou acordo, envolvendo a restrição ou a supressão do direito de demandar ou a renúncia do próprio

⁷ Helvécio de Gusmão, *Código de Processo Civil e Commercial para o Districto Federal*, 1931.

direito em litígio. Funda-se numa convenção ou composição amigável, concluída para extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas”, espécie melhor analisada em item posterior.

2.2.2 Quanto aos efeitos

Relativamente aos efeitos oriundos da desistência, estão eles ligados à desistência do direito e à desistência da ação que o assegura. Fala-se em desistência do direito, pois estaria o autor nesta situação, desistindo do direito material que eventualmente teria perante o réu, muito diverso da desistência da ação que o assegura, pois, nesse caso, o autor não ficaria impedido de propor a mesma ação futuramente, contra o mesmo réu, a sentença, aqui, extinguiria o processo sem julgamento do mérito, fazendo coisa julgada formal, conforme art.267, inciso VIII do CPC.

Se houve desistência ao direito material, estar-se-ia falando em renúncia e não em desistência, e o processo faria coisa julgada material, sendo extinto com julgamento do mérito, conforme art.269, inciso V do CPC.

2.2.3 Quanto à extensão: parcial ou total.

De certa forma, a desistência pode surgir abrangendo todo o processo ou somente parte dele, por isso, usarmos as expressões: “desistência parcial” e “desistência total”. Se requerida na sua totalidade, a desistência abrangeria todo o pedido formulado pelo autor, sendo assim, o juiz extinguiria toda a relação jurídica, observando os critérios perti-

nentes a sua legalidade, inclusive, fazendo constar, na sentença homologatória, os motivos que levaram o autor a desistir, tema que será melhor analisado em item posterior. Cumpre ressaltar que os motivos ensejadores da desistência não podem ser fúteis ao ponto de utilizá-lo por qualquer justificativa.

Sendo a desistência parcial, é preciso que o pedido do autor na ação seja separável, ou seja, que exista a possibilidade legal do juiz proferir uma sentença parcial independente. Neste caso, pode a desistência abranger somente parte do direito em litígio ou algum recurso manifestado pelo autor.

Quando isso acontecer, ou seja, quando não compreender todas as questões debatidas no processo, a mesma instância continuará prestando a tutela jurisdicional em relação às questões remanescentes.

Nem sempre o valor da causa será alterado quando da desistência parcial, prova disso é a seguinte jurisprudência que dá entendimento diverso, ocorrido em um processo de execução no qual decidiram por não alterar o valor dado à causa, prevalecendo o inicialmente pleiteado, como consta *in verbis*:

“A desistência de parte do pedido, em execução, não influi no valor da causa, que continua de ser o inicialmente fixado.”⁸

2.3 Desistência Condicional.

A desistência condicional não vem explícita em nosso ordenamento jurídico, mas consiste ela em uma espécie da forma expressa da desistência. Procuramos dis-

8 4ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26.07.45, Revista dos Tribunais, 162, 197.

cuti-la em separado para enfatizar as situações em que ela comumente aparece.

Esse tipo de desistência expressa condicional, como o próprio termo diz, necessita da ocorrência de certas condições para exteriorizar-se, como por exemplo, o assentimento do *ex adverso*.

A desistência condicional é toda a desistência que provém de transação ou acordo, envolvendo a restrição ou a suspensão do direito de demandar ou a renúncia do próprio direito em litígio.

Sua fundamentação, na opinião de Teixeira de Freitas⁹ e de muitos outros, encontra-se amparada numa convenção ou numa composição amigável, realizada para extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas, talvez por isso não dependa ela da justificação das partes.

A lei não obriga que esse tipo de desistência, decorrente de acordo ou transação, seja reduzido a termo, permitindo a sua aceitação também na forma verbal. Pode, de qualquer forma, ser ela reduzida a termo, se as partes assim o desejarem, sendo que desta forma o ato se revestiria de maior segurança e firmeza.

Qualquer que seja a forma adotada, por termo nos autos, por contrato, por instrumento particular ou público, desde de que tenha sido ela homologada por sentença judicial, não terá lugar para a prescrição, pois é por meio dessa sentença que a desistência condicional adquirirá força e eficácia jurídica.

2.4 Oportunidade para requerê-la e o consentimento do “ex adverso”.

O momento oportuno para requerer ou para apresentar a desistência depen-

de de certos fatores. O parágrafo 4º, do artigo 267 do CPC, expõe uma primeira situação mediante o seguinte enunciado *in verbis*:

“Art.267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito:

(...)

§4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.”

Nesta situação, pode ocorrer que o réu resolva apresentar contestação antes do prazo se esgotar, sendo assim, sua anuência se tornará indispensável, pois basta haver a manifestação do réu para que seu consentimento seja necessário. Mesmo o réu apresentando a resposta antes de escoar o seu prazo, o autor ainda dependerá da sua anuência, pois já houve resposta.

Outra situação em que será necessária a concordância do réu será quando ele se tornar revel, ou seja, não apresentar resposta no prazo fixado ou quando permanecer inerte, sem se manifestar.

2.5 A revelia do réu

O §4º do artigo 267 do Código de Processo Civil fala da impossibilidade de desistência unilateral da ação, decorrido o prazo para a resposta, e sobre a impossibilidade do autor desistir sem o consentimento do réu.

Não nos parece razoável estender esse dispositivo aos casos de revelia. A revelia é tão somente a contumácia do demandado, é a falta de defesa inicial do réu regularmente citado.

Se o réu contesta, implica dizer que ele se manifestou, mostrou interesse em

⁹ Augusto Teixeira de Freitas, *Vocabulário Jurídico*, 1983.

que o mérito da ação seja julgado. Se assim não o fizesse, estaria ele revel.

Estando revel, não há motivo para prosseguir num processo no qual nenhuma das partes tem interesse, essa seria a lógica. Mas, nada obsta a que o réu se oponha à desistência mesmo não tendo contestado a ação. Pode ocorrer que, por mero capricho, o réu imponha ao autor a continuação do litígio.

A própria inatividade do réu pode configurar a expressão de sua resistência às pretensões do adversário.

A desistência torna-se onerosa, e até mesmo impossível, nos casos em que o réu revel é citado por edital, e, particularmente, daquele réu incerto ou desconhecido.

A própria jurisprudência,¹⁰ há muito tempo, vem decidindo da seguinte forma: “O réu, que não ofereceu contestação, pode, contudo, desde que tenha fundadas razões, opor-se à desistência da ação.” O raciocínio é lógico, se levarmos em consideração a 2ª parte do artigo 322 do CPC, que dispõe *in verbis*:

“Art. 322. Contra o revel correrão os prazos independentemente de intimação. Poderá ele, entretanto, intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontra.” Tudo isso pode ser aplicado no caso de desistência, inclusive se observarmos o artigo 185, do CPC, de forma que, sendo o réu revel intimado para manifestar-se a respeito da desistência, teria ele o prazo de cinco dias para tanto.

Como ressalta Carvalho Santos¹¹ em seus Comentários ao Código de 1939,

“Se o Código lhe garante o direito de intervir na ação em qualquer fase em que se achar, não era possível que permitisse que unicamente a vontade da outra parte fosse destruir esse direito do revel, já adquirido desde que transcorreu o prazo para o oferecimento da contestação. Daí a necessidade de ser ouvido o réu revel para a validade da desistência da ação nesses casos”.

Observamos, no entanto, a existência de duas correntes doutrinárias, uma que entende que, ultrapassado que seja o prazo para contestar e não se utilizando desse prazo para manifestar-se, perde o réu, agora revel, o direito de opor-se à desistência, podendo, contudo, o juiz homologá-la de pronto, trata-se, aqui, de uma corrente que usa de interpretação estrita; a segunda corrente entende pela observância dos artigos 322, 185 e 267, §4º, todos do CPC, que, resumindo, dá ao réu revel a expressa e legal possibilidade de manifestar-se sobre a desistência, mesmo não oferecendo contestação e podendo intervir no feito a qualquer instante, mesmo sem ter sido intimado.

Cremos pela impossibilidade de escolher o entendimento mais coerente, pois a prática reserva-nos situações diversas.

3

ENCARGOS DA DESISTÊNCIA

3.1 No Código de 1939

No diploma¹² processual brasileiro de 1939, os encargos relativos à desistência e à confissão eram dominados pelo artigo 55, que trazia *in verbis*:

10 3ª Turma do STF, em 19.5.67, Ag. Inst. N.º 40.537, DJ de 24.8.67, pág. 2.543.

11 Carvalho Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil, 1939*.

12 Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 1980, vol. 1, p.134.

“Art.55. Se o processo terminar por desistência ou confissão, as custas serão pagas pela parte que houver desistido ou confessado; se terminar por transação, serão pagas por metade salvo acordo em contrário”.

A fonte inspiradora desse artigo 55, do Código de 1939, foi o artigo 460 do Código de Processo Civil de Portugal, que assim dispunha:

“Art.460. Quando a causa termina por desistência ou confissão, as custas serão pagas pela parte que desistiu ou confessou; e se a desistência ou confissão for parcial, a responsabilidade pelas custas será proporcional à parte de que se desistiu ou que se confessou. No caso de transação, as custas serão pagas a meio salvo acordo em contrário”.

Hoje, fazendo parte de dispositivo diverso, a legislação brasileira organizou melhor a matéria concernente aos encargos e dispôs de forma sucinta a responsabilidade de quem dela desistiu, por meio do artigo 26 do CPC, que será melhor analisado no item posterior.

3.2 Despesas, multas e honorários advocatícios

Legalmente previsto pelo artigo 26 e parágrafos do CPC, os encargos decorrentes da desistência da ação afiguraram-se de algumas formas que dependerão de como e quando estará sendo a desistência exteriorizada. Senão, vejamos o que dispõe o artigo 26 *in verbis*:

“Art.26. Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu.

§1.º Sendo parcial a desistência ou o reconhecimento, a responsabilidade pe-

las despesas e honorários será proporcional à parte de que se desistiu ou que se reconheceu.

§2.º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.”

O *caput* do referido artigo propõe uma das situações mais comuns, em que, se o processo for extinto por desistência, especialmente de forma expressa ou na forma pura e simples, ou ainda, extinguindo-se ele pelo reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários advocatícios serão pagos pelo desistente ou por quem o reconheceu.

Deve-se observar que o legislador, ao abranger o termo “despesas”, procurou alcançar toda a conjuntura de gastos oriundos do processo, desde os mais simples aos mais dispendiosos.

Ocorrendo a desistência antes de efetivada a citação, o autor responderá apenas pelas custas e despesas processuais e não por honorários de advogado, mas, sendo ela requerida depois da citação, o juiz deverá impor ao autor o encargo dos honorários da parte contrária.

O parágrafo primeiro do artigo 26 faz referência sobre as despesas e honorários advocatícios advindos da desistência parcial. Seriam eles diretamente calculados de forma proporcional à parte de que se desistiu, fazendo uma média da importância daquele pedido dentro do processo, de forma a não causar prejuízo, onerando por demais a parte responsável pelos encargos.

Quanto aos honorários advocatícios, as partes poderiam acordar de forma diversa da prevista na lei, sendo comum o acordo para que cada uma delas pague os honorários de seu advogado.

O parágrafo segundo do mesmo artigo usa da proporcionalidade na sua conjuntura, que deve ser melhor observado, pois trata-se de desistência condicional, em que, implicitamente, estará presente um acordo ou uma transação feita entre as partes. Neste caso, dificilmente, as partes deixariam de dispor, em sua transação ou acordo, sobre as despesas e honorários que cada um iria suportar. Caso isso não ocorra, o parágrafo em questão deve ser observado em sua inteireza.

Alguns dos casos que passamos a expor da não incidência de custas, verificada a desistência, ocorrem quando o credor propõe uma ação de execução para pleitear dívida não vencida, e quando há a propositura de ação executando dívida já paga, no todo ou em parte, sem mencionar o montante recebido, ou mesmo cobrar mais do que foi devido. Nesses casos, o credor ficará isento do pagamento de custas e outras multas, se a desistência ocorrer antes de contestada a lide, conforme preceitua o artigo 1.532 do Código Civil,¹³ que dispõe *in verbis*:

“Art.1.532. Não se aplicarão as penas dos artigos 1.530 e 1.531, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide”.

Essa situação expõe casos em que o autor veio a reconhecer seu erro, arrependendo-se do que fez. Porém, ocorrendo a desistência depois de contestada a lide, incidirão as custas processuais do processo intentado, embora não as pague em dobro.

4

SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA DESISTÊNCIA DA AÇÃO

4.1 Efeitos

Ocorrendo o ato expresso de desistir e não havendo nenhum fato impeditivo deste ato, o juiz, representando o poder jurisdicional do Estado, homologa a desistência, para que, a partir daí, seus efeitos sejam concretizados.

Como defende Nelson Nery Jr.¹⁴ e muitos outros, não basta somente a manifestação da vontade de desistir para que a desistência surta seus efeitos.

Como o próprio legislador conveniou por meio do artigo 158, parágrafo único, *in verbis*:

“Art. 158 (...)

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença.”

O dispositivo deixa bem clara a vontade do legislador em revestir o ato da desistência de legalidade, por meio da sentença que irá homologá-la. Importa, aqui, uma considerável observação que julgamos contrária ao estatuído pela legislação, pois a sentença, no caso da desistência, apenas colocará fim ao procedimento sem apreciar-lhe o mérito, portanto pensamos ser razoável que os efeitos poderiam surtir a partir do ato válido de manifestação da parte, visto que, por si só, seus efeitos irão decorrer automaticamente, independente da sentença sair no mesmo dia ou daqui a dez dias. Mas a jurisprudência¹⁵ majoritária discorda des-

¹³ Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 1998

¹⁴ Código de Processo Civil Comentado, 3a ed.

¹⁵ TRF, 5a Turma.

se raciocínio, pois o entendimento é de que, enquanto não for homologada, por sentença, a desistência da ação nenhum efeito produz, devendo continuar os atos processuais em todas as suas fases.

Como prescreve o artigo 317, os efeitos oriundos da sentença homologatória da desistência não influenciarão na reconvenção, que terá o seu prosseguimento normal. O mesmo ocorrerá se, porventura, a parte desistir do pedido reconvenicional, sendo que a ação primitiva seguirá o seu trâmite normal.

Se for constatado, após a lavratura da sentença, que não houve o consentimento do réu na desistência, sendo ela imprescindível, a sentença homologatória será anulada.

Após a publicação da sentença homologatória, dispõe a parte, além do recurso de apelação, também da ação rescisória, pois traz o artigo 486, *caput, in verbis*:

“Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.”

Remetendo-nos ao artigo 26 do Código de Processo Civil, não poderíamos esquecer-nos de um efeito decorrente da desistência, que trata do pagamento das despesas e honorários advocatícios pela parte desistente. Sendo a desistência parcial, justo será que as despesas e honorários sejam recolhidos proporcionalmente à parte de que se desistiu, entendimento que não gera controvérsias.

4.2 Natureza

A sentença homologatória da desistência é um tipo de sentença terminativa, pois, apesar de colocar fim ao processo, o mérito não é apreciado. O direito de ação, como enfatiza Humberto Theodoro Jr.,¹⁶ “permanece latente, mesmo depois de proferida a sentença.” Essa sentença tem apenas o dever de declarar que daquela ação se desistiu, ela apenas certificará a existência daquele direito de que a parte dispôs, que era de desistir.

Resumindo, a sentença homologatória da desistência confirma aquele ato legal que estava à disposição da parte e que foi utilizado. Não houve condenação em relação àquela pretensão jurídica de direito material e nem mesmo constituição, modificação ou extinção de qualquer direito. Sendo, portanto, sua natureza meramente declaratória.

5

A DESISTÊNCIA NOS PROCEDIMENTOS

5.1 No procedimento sumário

No procedimento sumário, previsto pelo artigos 275 à 281 do Código de Processo Civil, é possível desistir da ação, pois, apesar de ser um procedimento mais célere e resumido, essa alternativa é dispensada ao autor. A oportunidade exata para requerê-la seria na primeira audiência, logo após a abertura dos trabalhos, antes do réu ser ouvido, pois é nesse momento que o réu irá apresentar a sua defesa.

¹⁶ Curso de Direito Processual Civil, 1997, vol. 1.

Sendo o pedido de desistência formulado antes da apresentação da contestação do réu, seu consentimento seria desnecessário, cumprindo apenas ao juiz presidente proferir a sentença homologando a desistência.

Nesta situação, como em outras vislumbradas pelo procedimento ordinário, salvo exceções, o autor desistente estaria sujeito ao pagamento do honorários advocatícios, fundamentados pelo artigo 26 do CPC, pois a citação se fizera e o réu constituíra advogado, constando dos autos o mandato.

Da mesma forma, ocorreria, se o autor resolvesse desistir da ação no procedimento sumário, após a apresentação da resposta pelo réu, ou seja, estaria ela dependendo da concordância ou não do réu para que fosse homologada por sentença. Essas posições foram extraídas de julgados atuais dos tribunais dos Estados.¹⁷ As medidas mencionadas acima se aplicam integralmente ao procedimento comum ordinário.

5.2 No processo de execução

Legalmente prevista pelo artigo 569 e parágrafo único do Código de Processo Civil, a desistência da execução vem amparada pela seguinte conjuntura legal:

“Art.569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas.

Parágrafo único: Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte:

a) serão extintos os embargos que versarem apenas sobre questões proces-

suais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios;

b) nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do embargante.”

Este parágrafo foi acrescentado com a reforma de 1994, por meio da lei 8.953/94.

Percebe-se, nesse tipo de processo, que o poder de desistir não fica restrito somente ao credor, uma vez que os legitimados a promoverem a execução ou nela prosseguirem também gozam dessa faculdade, podendo a desistência referir-se a apenas parte ou à totalidade da execução.

Cumpra observar que a desistência da execução, seja ela judicial ou extrajudicial, ou de alguma medida executiva, não impede que o credor proponha outra ação com base no mesmo título executivo. Como bem enfatiza o jurista Marcelo Rodrigues Prata,¹⁸ “ao homologar o pedido de desistência, estará a sentença desconstituindo a relação processual executiva, dando margem a uma sentença de natureza constitutivo-negativa.”

Se a obrigação for líquida e certa, e desistindo o credor somente de uma parte dela, nada impede que, em uma outra oportunidade, seja executado o remanescente, observando-se o período de sua eficácia para requerer novos pedidos. Uma restrição que deve ser analisada é que o credor não pode desistir de executar os bens do devedor preferindo os do fiador, se esta foi prestada como garantia subsidiária. Neste caso, pode o credor postular o “benefício de ordem”. Além de desistir de parte da obrigação, pode o credor desistir da execução relativamente a um dos coobrigados.

¹⁷ Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, vol. 22, p. 209

¹⁸ A Nova Regulamentação da Desistência em Execução, LTr- Legislação do Trabalho, vol.59.

O saudoso jurista Pontes de Miranda¹⁹ acrescenta ainda que “os próprios atos de liquidação da sentença podem ser objeto da desistência.”

José Frederico Marques²⁰ faz uma observação interessante e coerente a respeito, expondo que, “desistindo o credor da execução, não fica satisfeita a obrigação pelo devedor, nem resolvida a lide, pelo que não cabe o pronunciamento da sentença de extinção, que é sentença de mérito. Há sentença homologatória da desistência como exige o artigo 158 do CPC, com o que se encerra a execução.”

Observa-se, também, que, por analogia, a norma do artigo 267, §4º do CPC, poderá ser aplicada, embora, na execução, não exista propriamente uma contestação, mas exista a resposta feita por meio dos embargos.

José Frederico Marques²¹ salienta, ainda, que, “se houver embargos, admitidos, a execução ficará suspensa, não podendo o executado desistir, já que é proibida a prática de qualquer ato processual nessa fase.” A única alternativa é o credor requerer a desistência nos próprios embargos, oportunidade em que o embargante poderá ser ouvido, e concordando este com a desistência, o processo de embargos será extinto, e, por consequência, o processo de execução.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery²² entendem pela desnecessidade da concordância do embargante, se a matéria alegada nos embargos for de cunho processual. Caso seja questão de mérito, a concordância do embargante será indis-

pensável, mas essa concordância, como em várias outras situações, deverá ser fundamentada.

Se os embargos não suspenderem a execução, atos poderão ser praticados no processo como a desistência, em que esta será requerida dentro da execução e não nos embargos, situação em que a oitiva do devedor será necessária.

Se for o caso de desistência de apenas atos executivos, o juiz poderá ouvir o devedor, a fim de que se atenda ao artigo 620 do CPC, que traz *in verbis*:

“Art.620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

Caso os embargos sejam intempestivos e o processo de execução não cumpra a regularidade exigida, a concordância do embargante não será necessária se o embargado resolver desistir.

Em suma, a desistência do processo de execução será regida pelo artigo 267, inciso VIII do CPC, pois este ato independe da aquiescência do devedor para ser homologado e surtir os seus efeitos, se feito antes da citação da parte *ex adversa*. No entanto, a desistência do exequente, quando já forem propostos os embargos, será regida pelo artigo 267, § 4º do mesmo diploma legal.

5.3 No Processo Cautelar.

O processo cautelar veio possibilitar ao lesado o direito de precaver-se acerca da demora do término do litígio, por-

19 *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1974.

20 *Instituições de Direito Processual Civil*, 1969, vol.4.

21 *Ibidem*, p.319.

22 *Código de Processo Civil Comentado*, 3a ed.

quanto o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar danos frequentes nas pessoas, coisas e relações jurídicas que estariam envolvidas no litígio. O processo cautelar veio a dar maior segurança a essas questões.

Em livro destinado somente à sua exposição, o CPC traz de forma satisfatória disposições gerais e específicas sobre a medida cautelar. Sua atuação em juízo é sempre provisória, pois, como diz José Frederico Marques,²³ “repousa sobre fatos mutáveis, subordinando à continuidade do estado de coisas onde se assentou a medida.”

Tratemos, então, do que interessa a este trabalho. Como o processo cautelar é também uma ação de cumhos satisfativo e preparatório, sua extinção não vem explícita na sua conjuntura legal, aplica-se, neste caso, o artigo 267 e 269, ambos do CPC, diferentemente da cessação de sua eficácia, que surge, visivelmente, mediante o artigo 808 do CPC, compondo-se do seguinte contexto *in verbis*:

“Art. 808. Cessa a eficácia da medida cautelar:

I - se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art.806;

II - se não for executada dentro de 30 dias;

III - se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

Parágrafo único: Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento.”

Cumpra observar que o instituto da desistência está indiretamente ligado em

dois dos incisos retromencionados, nos incisos I e III. No primeiro, porque, se a parte não intentou a ação principal no prazo estabelecido, pressupõe-se que ela desistiu da ação, cessando, assim, a eficácia da cautelar; no inciso III, porque uma das causas de extinção da ação principal seria a desistência, situação elencada no disposto do art.267, inciso VIII do CPC, que seria aplicado subsidiariamente.

Podem ocorrer a desistência por parte do requerente da medida cautelar, mesmo estando em curso o procedimento, ou mesmo já tendo sido ela concedida, situação em que se observaria o preceituado no artigos 158, parágrafo único e 267, §4º, ambos do CPC.

Se a desistência ocorreu no curso da ação cautelar, ou seja, antes de ajuizada a ação principal, o juiz prevento na cautelar que se extinguiu não será o mesmo para conhecer da ação principal, pois a prevenção desfez-se com a extinção, não havendo, portanto, o processamento da medida cautelar.

Não sendo proposta a ação no prazo de 30 dias, prazo decadencial, o juiz poderá decretar de ofício a cessação da medida cautelar. Subentende-se que, aqui, houve desistência da cautelar por parte do requerido. Sendo a desistência expressa, a medida será extinta sem julgamento do mérito, extinguindo-se, também, a prevenção, caso o requerente da cautelar resolva intentar, mais a diante, a ação principal; não sendo expressa, a medida cautelar terá apenas sua eficácia cessada passados os trinta dias, e o processo continuará seus trâmites legais até a sentença definitiva da ação cautelar. Ocorre que, estando extintos os efeitos

²³ *Instituições de Direito Processual Civil*, 3a ed., vol.4, p. 371.

da cautelar, a parte fica proibida de repetir o pedido cautelar se a fundamentação usada for a mesma.

Merece destaque a situação da desistência de litisconsorte na medida cautelar, que é permitida, visto que o único prejuízo auferido à parte desistente é a perda do possível aproveitamento da medida preparatória para os efeitos da propositura da ação principal.

Sérgio Sahione Fadel²⁴ acrescenta que, em se tratando de ações em que há prestação jurisdicional antecipada, como, por exemplo: os casos de liminares em interditos possessórios, de embargo de obra nova, de concessão preliminar de medidas cautelares como o arresto, o seqüestro e outros, a desistência posterior da ação repõe as coisas no *statu quo ante*.

6

A DESISTÊNCIA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS

Relações jurídicas continuativas são aquelas que, apesar de terem sido sentenciadas, sobre elas não irão ter eficácia os pressupostos da imutabilidade e intangibilidade, por não fazerem coisa julgada. Nesses casos, o direito propriamente dito não prescreve, mesmo que ele seja um dos dispositivos prolatados na sentença, seja ela condenatória, constitutiva ou declaratória. A parte que se encontrar lesada pelas modificações advindas do tempo, terá a faculdade de, a qualquer momento, poder rever aquela decisão. Não se trata, aqui, nos dizeres de Humberto Theodoro Jr.,²⁵ de caso de alteração da sentença anterior, mas sim

da obtenção de uma nova sentença para uma situação também nova. Se a parte desiste de uma ação que verse sobre relação jurídica continuativa, nada obsta a que, posteriormente, seja a mesma ação proposta novamente. Sobre tal decisão não recairão os efeitos da coisa julgada. Um exemplo típico e muito comum desses casos é a ação de alimentos e a ação de modificação de guarda.

Legalmente, esse entendimento está amparado pelo artigo 471, inciso I do CPC, que traz *in verbis*:

“Art.471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

7

A DESISTÊNCIA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

O Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei 8.078/90, surgiu não somente para amparar as relações jurídicas de consumo como também para regular algumas das situações trazidas pela Ação Civil Pública, mediante da Lei 7.347/85, que, além de tratar sobre questões de consumo, trata também das situações de danos causados no meio ambiente, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A parte que interessa a esses trabalhos constitui-se de um detalhe pequeno,

²⁴ Código de Processo Civil Comentado, 6a ed., 1987, vol.1.

²⁵ Curso de Direito Processual Civil, 20a ed. rev. at., 1997, vol. 1.

mas importante. Referimo-nos à desistência da Ação Civil Pública, que sofreu uma considerável modificação com o advento da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu artigo 112.

Antes da Lei 8.078/90, o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Lei 7.347/85, já revogado, dispunha *in verbis*:

“Art.5º (...)

§3º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa.”

A lei 8.078/90 trouxe a seguinte modificação em seu artigo 112, *in verbis*:

“Art.112 – O §3º do art. 5º da Lei n.º7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação:

§3º – Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

O Código de Defesa do Consumidor veio a ampliar o rol dos que poderiam crescer à titularidade ativa, caso houvesse desistência ou abandono da ação. Ressalte-se que, agora, a desistência deve ser fundamentada, pois o parágrafo revogado não dispunha a respeito dessa fundamentação, que não pode ser qualquer uma, deve estar amparada legalmente.

Observa-se ainda que, se a desistência for fundamentada, não justifica haver a concordância do réu, mesmo porque trata-se de questão pública de ordem social.

O CDC (lei 8.078/90) acrescentou o termo *infundada*, qualificando a desis-

tência da ação civil pública, ao antigo texto da LACP.

A doutrina entendia que esse assunto deveria ter um melhor tratamento, de forma a regular a desistência.

A matéria revogada no artigo expunha a idéia de que o Ministério Público sempre seria induzido a assumir o pólo ativo da demanda, em caso de desistência pela autora.

Salienta-se que, pela interpretação do artigo revogado, o MP sempre seria obrigado a assumir a posição ativa da ação. Mas essa posição acumulou uma vasta crítica entre os doutrinadores, pois, se o MP pode promover o arquivamento do Inquérito Civil deixando de ajuizar a ação, por que compeli-lo a continuar como autor da ação infundada, ajuizada pela associação desistente?

O legislador trouxe, no novo artigo, que a desistência pela associação autora deve ser *infundada* ao ponto de obrigar a atuação do MP no pólo ativo da ação civil pública.

Todo ato deve vir acompanhado de fundamentação pela associação ou sindicato do autor.

O MP será o órgão competente para analisar se a desistência é ou não é fundada. Sendo fundada a desistência, o MP poderá deixar de assumir o pólo ativo da ação civil pública. Para isso, o *parquet* usará da sua liberdade de convicção aliada ao conceito jurídico indeterminado de “desistência infundada”, termos usados pelos autores do anteprojeto da lei.

Se infundada a desistência, estará o MP obrigado a assumir a polaridade ativa da relação processual, face ao princípio da obrigatoriedade da ação civil pública por parte do MP e também da norma cogente que o coloca como titular da ação.

Outro fator acrescentado na nova redação do artigo fala sobre a atuação de outro legitimado no polo ativo da ação civil pública. Aqui, a reflexão é sucinta, pois desistindo qualquer um dos legitimados à ação, qualquer outro co-legitimado poderá assumir o pólo ativo verificada a desistência. É dado ao co-legitimados uma faculdade normativa e ao MP uma imperatividade.

8 CONCLUSÃO

A idéia de elaboração deste trabalho partiu de uma reflexão a respeito de um dos poderes de que a parte dispõe depois de ajuizar uma ação, poder anormal na visão de muitos juristas.

Quanto mais era percebido não haver um trabalho que delineasse o instituto da desistência, mais aguçava a curiosidade sobre o tema.

Não se trata de um trabalho exauriente, mas que pode dar margem para suprir muitas dúvidas.

Por se tratar de assunto não muito freqüente em nossa rotina forense, notamos que tão grande é a sua importância, e como existem detalhes que devem ser atentamente observados.

Os efeitos da sentença que o homologa foi um dos pequenos detalhes que nos levaram à dúvida. Concluimos que somente após a homologação feita por sentença é que torna a desistência válida e capaz de surtir os seus efeitos. E ainda que, não tendo sido consumada, poderá ocorrer a sua retratação.

A coisa julgada foi um dos fatores preocupantes no decorrer deste trabalho, juntamente com a questão suscitada de instauração de nova instância. Cre-

mos que a coisa julgada é formal, pois trata-se de sentença terminativa, que não julga o mérito, apenas põe fim ao procedimento. Quanto à instauração de nova instância, cremos que cada magistrado deve concordar com pelo menos uma das idéias apresentadas quanto ao estado de prevenção na causa, mas entendemos haver as duas saídas expostas no trabalho, porém, nada obsta a que outras sejam trazidas à prática, já que não existe disposição específica para esse assunto.

A presença de litisconsortes na ação é mais um fator que exige da desistência uma atenção maior, porque, nas suas variadas espécies, os efeitos podem ser diferentes.

Concluimos que o artigo 267 do CPC torna-se a base de aplicação tanto para o processo de execução como para o processo cautelar, e também para o procedimento sumário.

Foram apresentadas algumas legislações alienígenas sobre a desistência com a finalidade principal de mostrar que existe uma linha comum de raciocínio técnico utilizado por outros países que prevêm a desistência em seus ordenamentos jurídicos.

Por fim, concluimos que a desistência é uma forma de extinção anormal da ação, que precisa ser homologada para surtir efeitos, que faz coisa julgada formal, que pode ou não provocar a instauração de uma nova instância, que pode ocorrer em qualquer procedimento, salvo disposição em contrário, que tem lugar nas relações jurídicas continuativas, sem haver prejuízo, que a revelia do réu pode ou não obstar a sua declaração de ofício, e que ela pode ser condicional, desde que não lese direitos indisponíveis, além de outras características que serão observadas no decorrer da leitura.

referências bibliográficas

- AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v.3.
- ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 6. ed. rev. amp., Ed. RT, 2000.
- ASSIS, Jacy de. **Procedimento Ordinário**. Ed. Lael, 1975.
- CARLETTI, Amilcare. **Dicionário de Latim Forense**. 6. ed., São Paulo: Leud., 1995.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Desistência da Ação**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6. ed., Ed. Malheiros, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 6. ed. rev. at. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GUSMÃO, Helvécio de. **Código de Processo Civil e Commercial para o Districto Federal**. Rio de Janeiro: Jacynto Ribeiro dos Santos, 1931.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.3, T. I.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Dicionário Jurídico e Repertório Processual**. Ed. E.D.C, vol.1.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 1975, v.2 e 3.
_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev., Rio: Forense, 1969, v.4.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1974.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, v.2.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. Ed. RT.
- PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. Ed. RT, 1980, v. 1-4.
- PRATA, Marcelo Rodrigues. A Nova Regulamentação da Desistência em Execução. **Revista LTr** - Legislação do Trabalho, n.12, v. 59, dez. de 1995, p. 1635.
- Revista dos Tribunais**. Ano 86 v. 737, 743 e 746.
- Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. Ed. Vellenich, Jan/Mar-1983, ano 07-v.22, ano 08-v.28.
- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. São Paulo: Saraiva.
- RIBEIRO, Arthur. **Código de Processo Civil com Anotações**. Belo Horizonte - Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1922.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 20. ed. rev. at., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**, 4. ed., 1996, v. 1.
- SANTOS, Carvalho. **Código de Processo Civil Interpretado**. 1939.

- SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação Rescisória. **Revista Jurídica**. n. 245, Março de 1998.
- SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7. ed., Rio-GB, Ed. Borsi, 1973, v.2.
- SILVA, Ovídio A. **Baptista da. Curso de Processo Civil**. 4. ed. ver. at., Ed. Revista dos Tribunais, 1998, v.1.
- SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 2. ed., Ed. Rio
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Vocabulário Jurídico**. 1983
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 20. ed. rev. at., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.1.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1975, v.3.



SOBERANIA E FEDERALISMO

André Luis Del Negri*

sumário

1. A crítica científica, a Ciência do Direito e a finalidade da pesquisa
2. Soberania: considerações gerais
3. Federalismo
4. Aspectos significativos da problemática analisada
5. Conclusão

resumo

O conceito de soberania, como produto de discussões controvertidas e obscuras entre os estudiosos do Direito, é levado ao estudo da Ciência Jurídica pela crítica científica juntamente com o instituto do federalismo, em especial o brasileiro, para extrair desse confronto a posição de que os Estados-Membros e os Municípios possuem soberania e não autonomia.

1. A Crítica Científica, a Ciência do Direito e a Finalidade da Pesquisa

Há algum tempo, é comum encontrar-se a expressão «soberania» sob o enfoque de vários autores que tratam do assunto apontando aspectos controvertidos do conceito sempre de forma polêmica e confusa não oferecendo resposta única. Estudos mostram que a soberania é uma das questões que o direito enfrenta como sendo um dos problemas mais tormentosos na esfera acadêmica e, por tal motivo, não se mostra tarefa fácil.

Pergunta-se: O que a soberania representa? Como entendê-la? Já é um conceito superado? Já se pode falar em «desoberanização»? Os Estados-Membros e os municípios possuem soberania?

É precisamente dessas questões que trataremos, nesta pesquisa,¹ para uma tentativa de reconstrução do conceito de

soberania, e em seguida, ligá-la à questão do federalismo.

Ainda que se tenha essa finalidade, parece que a dispersão dos pontos de vista reconhecidos na produção jurídica torna o assunto potencialmente infinito e, por isso, se enfrentado aqui, tornaria o estudo um tanto dispersivo ante às características da pesquisa.

Sabe-se, contudo que, sob análise de KARL POPPER, (POPPER, apud, AGUILAR, 1999, pp. 23-27) o Direito é um estatuto científico e, em nome da crítica científica,² pode-se determinar o valor de uma teoria³ colocando-a à provações constantes, isto é, sob a influência de críticas rigorosas.

O presente estudo assenta-se nessa linha de pensamento, cuja postura é considerar o Direito uma Ciência⁴ que pode criar teorias não falseáveis e, a partir dis-

* André Luis Del Negri, Mestrando em Direito Constitucional pela UFMG, Advogado e professor de Direito Constitucional na Universidade de Uberaba.

1 Pesquisa: "investigação qualitativa de TEXTOS pelo grau de sua irrefutabilidade (TESTIFICAÇÃO CONTINUADA) em face de um TEMA proposto, seja epistemológico, gnosiológico ou filosófico". (LEAL, 2000, p. 198).

2 Crítica Científica: "indicação de realidades ausentes na lógica (estrutura) do DISCURSO DO CONHECIMENTO" (LEAL, 2000 p. 198).

3 Teoria: "Organização lógica do conhecimento sobre um ou vários enfoques. Resultantes discursiva de uma reflexão satisfatória (afirmativa ou negativa) da existência numa especialidade temática". (LEAL, 2000, p. 198).

4 Ciência: "Ciência é atividade produtora de conhecimentos e de esclarecimentos do conhecimento (conceitos e enunciados) para desenvolver, aperfeiçoar, melhorar (humanizar?) a TÉCNICA". (LEAL, 2000, p. 198).

so, criar um novo eixo de cientificidade que será levado, na visão Popperiana, à críticas contundentes como sendo o melhor critério de seleção. Se a teoria criada resistir, bem, senão, ela dará margem ao surgimento de uma nova teoria científica e assim se desenvolverá o Direito em seu constante processo de formação. O que não se quer é incorrer no sério problema do niilismo, isto é, se conformar com o mundo tal qual ele se apresenta aceitando tudo o que nele ocorre. Para que isso não aconteça, o presente trabalho será uma tentativa de contribuição para uma nova reflexão dessa questão.

Nesta perspectiva, a soberania será compreendida por meio de análise juntamente com a questão do federalismo brasileiro.

Em conseqüência, associando os dois institutos, extrai-se dessa problemática uma postura a ser adotada, ou seja, a partir do conceito de soberania em Rousseau defendendo, pela crítica científica, o Estado-Membro e o município como sendo portadores de soberania. Eis o objetivo central do estudo a seguir.

2

SOBERANIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1. A dimensão da Soberania

Entende, acertadamente BARACHO(1987, pp. 8-9), que a soberania tem o seu conceito elaborado pela ciência e ainda se assenta na experiência e na observação dos fenômenos sociais.

Essa questão foi certamente uma das marcas fundamentais do direito político desde sua época inicial com Jean Bodin, Tomas Hobbes até nossos dias com idéias mais democráticas e avançadas recentemente estudadas por Goyard-Fabre, Carpizo, Negri e Hardt.⁵ Com base nesse postulado ontológico, busca-se enfocar a seguir alguns momentos importantes desse ciclo histórico.

2.2. A proposta de soberania na Antigüidade

Os antecedentes históricos mostram que a idéia de Soberania é sempre associada ao estudo do Poder. As primeiras idéias sobre poder repousam na célebre frase de São Paulo “*dominis potest dei*” e na afirmação de Santo Agostinho (590 a 1216) ao pregar o respeito e a submissão dos príncipes ante ao poder espiritual dos Papas. Essa fase ficou marcada pela inspiração divina ou cosmogônica.

Com efeito, um dos principais feitos dessa luta travada entre Igreja e Monarca pela tomada do poder foi o episódio de Canossa em que o Imperador Henrique IV, de joelhos e descalço, pediu perdão ao Papa Gregório VII (Papa de 1073 a 1085).

Observa GOYARD-FABRE(1999, p. 5) que os primeiros sinais de modernidade política vieram no final do século XIII com Marsílio de Pádua (1275-1343) e Guilherme de Occam (1290-1350) que defenderam a hostilidade ao papado estabelecendo, em novas vias, a filosofia e, em particular, o pensamento político,

⁵ Antônio Negri e Michael Hardt em recente livro publicado nos Estados Unidos suscitaram uma análise a respeito da atual formação política que tende a dominar o mundo. Tal formação é denominada por eles de *Império*. Esses dois militantes comunistas fazem a diferença entre *soberania moderna* e *soberania pós-moderna* sendo que a primeira é típica do Estado-nação que tem um poder central que exerce o monopólio sobre um determinado território e população. A segunda espécie seria a soberania baseada no Império Romano de fronteiras flexíveis ligada à globalização capitalista. (Entrevista concedida ao *Jornal Folha de São Paulo*, 24 de setembro de 200. *A nova soberania. Caderno Mais*, pp. 6-11).

que agora passa a se desprender dos pensamentos cosmogônicos.

2.3. O pensamento de Bodin

A jus-filósofa GOYARD-FABRE (1999, pp.120-138) ao focar a evolução do Direito Político, recorda algumas idéias de Bodin que afirmava ser a soberania a verdadeira «essência» da República. Para tanto, a publicista francesa expõe uma metáfora de Bodin, relatada no livro *La République*, (1577) sobre a *Nave-República* que na verdade seria uma «Nau» e que cada pedaço de madeira, que compunha a nave, seria um membro da sociedade e o «todo», para não naufragar, dependeria de um timoneiro chamado Estado representado pela figura do príncipe que era o único senhor a bordo da *Nave-República* abaixo de Deus.

Passando da metáfora à definição, Bodin caracteriza a soberania como a potência absoluta e perpétua de uma República e que “*os príncipes soberanos são estabelecidos por Deus como seus lugares-tenentes para comandar os outros homens (...) Por conseguinte, aquele que recebe de Deus a potência soberana é também, de Deus, «a imagem na terra»*”.

Logo, essa expansão das idéias de Bodin segundo autora, é sacudida quando La Boétie, no seu discurso da servidão voluntária, pleiteava a liberdade sustentando o novo papel do povo a ser desempenhado no Estado, ocasionando o primeiro sinal da crise que logo abalará a idéia de soberania.

A pesquisadora francesa mostra que o abalo mais forte veio através das idéias de um jesuíta neo-escolástico das escolas de Salamanca e de Coimbra,

chamado Francisco Suárez (1548-1617) que, inobstante acreditar na origem divina da soberania (idéia típica de um jesuíta), defendia a delegação do exercício do povo ao monarca e, ainda, a idéia de que a soberania apesar de absoluta tinha que ser limitada pelas leis do Estado.

2.4. A Titularidade da Soberania

Há dentro da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional uma grande divergência sobre quem é o titular ou detentor da soberania. Há correntes de estudiosos do direito que sustentam que o titular da soberania é o detentor do poder político. Outras sustentam que é o Estado. Não é, contudo, a idéia apresentada neste trabalho. Nessa perspectiva, considera-se o titular da soberania como Rousseau o fez, ou seja, defendendo a idéia de soberania popular, fato este que levou Esmein a considerar esse princípio como o mais importante proclamado pela Revolução Francesa.

CARPIZO (1982, p. 198) em importante trabalho sobre soberania visita alguns autores e tece algumas considerações sobre a titularidade da soberania apontando os diversos significados para delimitar, adiante, o sentido a respeito de quem é realmente o titular da soberania.

Citando Grotius, Carpizo observa que o holandês ao estabelecer suas idéias afirma que o titular da soberania é o direito natural, ao passo que Hobbes ao estabelecer um humanismo jurídico-político diz que o titular é o detentor do poder. Hegel e Jellineck, precursores da doutrina alemã, indicam o Estado e, Rousseau, não hesita em mostrar que o povo é o soberano.

2.4.1. O Povo como titular da soberania

Ao assumir uma posição inteiramente roussoniana o professor CARPIZO (1982, p. 200) destaca as idéias do mestre francês, e conclui:

“(...) El pueblo es su próprio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes (...) El pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores: «...el acto que instituye el Gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores; puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca(...)”.

Como resultado dessa conclusão, refuta-se as idéias de Maquiavel, Bodin e Hegel lembrando que a idéia de soberania deve ser realmente reestruturada, pois não pode mais ser vista como um atributo do Estado.

Nesta perspectiva, a análise da soberania em LEAL (1999, p. 21-35), deve ser feita ao lado da distinção entre princípios, regras e normas, pois esse autor aponta a soberania como uma instituição jurídica⁶ por reunir um conjunto de institutos jurídicos, ou seja, princípios jurídicos, regras, normas, teorias.⁷

A partir dessa análise, verifica-se, segundo o autor citado, que a Constituição brasileira em seu discurso, fala em soberania do Estado, ora em soberania

do Povo. Note-se que o art. 1º da Constituição Federal de 1988 fala em soberania com fundamento do Estado Democrático de Direito, o art. 5º, LXXI, afirma que caberá mandado de injunção quando faltar norma regulamentadora que diz respeito, entre outros casos, às prerrogativas inerentes à soberania; O art. 14, por sua vez, fala em soberania popular quando trata do sufrágio universal e, o art. 170, I, se refere à soberania como princípio da ordem econômica.

Dessa forma, distinguindo os seus efeitos e causas, a fim de ampliar a extensão do conceito de soberania o professor observa que:

“A Carta Magna brasileira, embora nesse ponto confusa e retórica, registrou o significado moderno que a soberania assumiu no seu ciclo histórico de buscar no povo de uma nação, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia, e legitimidades jurídicas”. (LEAL, 1999, p. 35).

Com essa argumentação, ainda o citado autor, pretende demonstrar que:

“A única fonte legítima (originária) de poder, no mundo pós-moderno (mundo da história não linear), é o POVO e a fonte secundária é a lei (ordenamento jurídico) criada pelo POVO, cabendo ao Estado, como uma das instituições da NAÇÃO exercer a função de fazer cumprir a lei pelos segmentos básicos do serviço público (executivo-

⁶ Pode-se citar como exemplos de instituições jurídicas além da Soberania, o Mercado que apoiado em institutos jurídicos como o consumo, circulação e produto se faz igualmente uma instituição jurídica. O Processo, também nessa linha, apóia-se em institutos jurídicos como o contraditório, a isonomia e a ampla defesa.

⁷ Para melhor compreensão pode-se dizer que tanto os princípios quanto as regras são normas. Os princípios são referenciais jurídicos, paradigmas avaliativos que devem ser aplicados e seguidos a um maior número de casos possíveis, possuindo ainda uma característica peculiar: possuem uma acentuada carga de abstratividade. As regras são normas específicas aplicadas a certos casos, não possuem a abstratividade dos princípios pois, na verdade, concretizam os princípios jurídicos.

administrativo, comissário-legislativo, judiciário). Estado não é (...) soberano por atributo intrínseco, mas exerce a soberania por delegação popular numa relação jurídica revisível a qualquer tempo pelo povo”.

(LEAL, 1999, p. 304).

Ressalte-se, por outro lado, que a soberania ao nascer do povo nos faz identificar um grande adversário desta concepção: qual seria o verdadeiro conceito de povo? Será que os desfavorecidos da «cadeia de exclusão» fariam parte desse universo?

A legitimação dessa soberania deveria partir do *verdadeiro conceito de povo* que, não tem nenhum tipo de participação no processo soberano. Mas isso não é um assunto para ser pormenorizado aqui, apenas alerta-se o leitor para o problema.⁸

3

FEDERALISMO

Muitos autores quando tratam de soberania ainda estão presos à etimologia da palavra, isto é, à idéia de superioridade. Todavia, procura-se afastar essa concepção de superioridade e vincular o conceito a novas análises promovendo a conciliação entre soberania e federalismo.

Neste capítulo a análise partirá de uma ótica diametralmente oposta à teoria da monarquia absoluta pela qual era impossível a divisão/distribuição de competências e de soberania a diversos órgãos.

Autores como EISMEIN entendem que a soberania se harmoniza com a

República democrática e que o exame desse princípio de soberania nacional acarreta diversas conseqüências como nos casos de sufrágio político, governo representativo e, sobretudo, na forma de Estado (EISMEIN, apud, BARACHO, 1987, pp. 28-29). PREUSS chegou a afirmar que o conceito da soberania como algo pertencente ao Estado era incompatível com o Estado de Direito e com o federalismo (PREUSS, apud, BARACHO, 1987, p.44).

A interpretação mais atualizada traz aspectos positivos do federalismo, pois além de encorajar e reforçar a democracia, facilita a participação democrática tornando-o, dessa forma, eficiente na proteção das minorias.

Se o federalismo reforça a democracia, a concepção que se acha aceitável à nova estrutura do Estado Constitucional Moderno, que tem no povo a sua fonte legítima, é uma ideologia cada vez mais democrática tendente a acabar com o mito de que os Estados-Membros e os municípios não possuem soberania.

3.1. O Estado-Membro e a questão da Autonomia na Organização Federal

Como se sabe, é comum que se encontre na doutrina que os Estados-Membros possuem autonomia. Mas o que significa isso, realmente?

Há uma certa preocupação em conferir à autonomia o seu verdadeiro conteúdo. A imprecisão do termo foi detectada por HORTA (1999, pp. 371-374) que, ao pesquisar diversos autores, mostra a ambigüidade de sentido que o termo apresenta. Com efeito, dispõe a dou-

⁸ Para um estudo mais detalhado a respeito do tema, remete-se o leitor ao livro do alemão Friedrich Müller: *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2000.

trina, em especial a italiana, que autonomia compreende a auto-legislação, ou seja, a autonomia de criar normas relativas à própria organização.

Como relatou HORTA (1999, pp. 371-374), “*a autonomia é, portanto, a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos*”.

Embora a doutrina fale em autonomia, é bom lembrar que a Constituição brasileira de 1891 falava em Estados-Membros soberanos copiando uma tendência norte-americana.

O momento inicial dessa idéia de conferir soberania aos Estados-Membros, deu-se à época do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca (1889-1891) em que houve algumas medidas para consolidar a República como, por exemplo, o banimento da Família Imperial, a laicização do Estado, a convocação do Congresso Constituinte e um momento de suma importância para o federalismo: antigas províncias passaram a se constituir Estados da Federação.

Nota-se que o Decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889 influenciou as Províncias do Império a transformarem-se em Estados, dando-lhes uma excessiva dose de soberania principalmente para criar a sua Constituição.

Na verdade, essa euforia revolucionária durou pouco, pois com o surgimento do Decreto n. 7, em novembro do mesmo ano, a idéia de soberania foi enfraquecida pelas intervenções do poder federal.

A soberania do Estado-Membro ressurgiria no Congresso Constituinte pelas idéias de Campos Salles, Bernardino de Campos e José Higino (HORTA, 1999, p. 378). Vê-se que a soberania tratada

pela Constituição brasileira de 1891, no que diz respeito aos Estados-Membros, era um termo equivocadamente, portanto, diferente dessa posição moderna que se defende nesta pesquisa. Observa-se que o medo de dar maiores poderes aos Estados-Membros se faz presente na história. Aliás, esse é um ranço que advém de uma herança de concentração de poder, cuja extirpação é reclamada modernamente tendo no povo o alvo civilizatório.

Hoje, o que se encontra é um volume de restrições limitadoras da atuação do povo no âmbito do Estado-Membro. Na verdade, é uma resistência que torna inócua a expressão soberania, pois a União não permite que os governos locais cuidem diretamente de suas necessidades sociais impedindo o indivíduo de manifestar a sua cidadania de uma forma mais efetiva.

3.2. Soberania e Cidadania

Ao invés de uma soberania ligada somente ao Estado é chegada a hora de enxergar uma sociedade de estados-membros e municípios independentes, unidos pelo Direito e ligados por uma intensa solidariedade de interesses. Num ponto, o conceito de soberania absoluta de Bodin está superado, agora resta construir um novo conceito que atenda à realidade social.

A soberania é a qualidade de uma unidade territorial de decisão e ação pelo povo, através do pleno exercício da cidadania.

POSADA afirmou que o conceito clássico de soberania foi elaborado de baixo das influências de lutas para explicar o poder político e justificar, na sociedade humana, o predomínio de deter-

minadas instituições ou pessoas (POSADA, apud, BARACHO, 1987, p.62).

Devido às exigências de uma realidade política, o federalismo e o autônomo local são a pedra angular do sistema, porque reparte o poder entre as unidades políticas menores buscando um equilíbrio, a fim de evitar a concentração de poder e a leitura verticalista da nossa Constituição.

Em sendo os estados-membros e municípios entes autônomos que buscam expedir normas, se essas forem criadas pela vontade do povo que participa na sua produção, elas se legitimam na soberania da vontade popular e, esse ente local sendo emissor de soberania para uma macroregião, passaria a ser soberano, ao invés de ser autônomo.

Daí concluir SILVEIRA (1997, p106): “(...) o indivíduo deveria sujeitar-se à aproximadamente 90% de leis locais (estaduais e municipais) e, apenas, à 10% de leis federais”. Essa nova visão de soberania e federalismo deve ser construída lentamente.

3.3 O Município

Um dos aspectos de especial importância neste trabalho é, sem dúvida nenhuma, a figura do município, instituto muito bem enfatizado pelo Professor MAGALHÃES (1999) que se preocupa em valorizar o Poder em um espaço territorial menor. A autonomia dos municípios, como demonstra o trabalho, seria uma autonomia soberana se a organização local partisse da vontade do povo

através dos mecanismos de democracia direta como o plebiscito, referendo e iniciativa popular utilizados com maior frequência.

O fortalecimento local não exclui as outras esferas. O local para ser eficiente deve ter uma participação democrática em diversas camadas de organização e nesse particular, o princípio de subsidiariedade⁹ é fundamental.

Em um federalismo como o nosso custa crer que o município possua uma verdadeira dose de soberania. Na verdade, a soberania no âmbito do município existe de forma microscópica, pois recebe parcelas de competência da União diferentemente do que ocorre na Espanha onde a região autônoma pode legislar sobre direito civil.

Assim, o Estado não pode esquecer as aspirações e decisões das coletividades locais. A soberania tem que ser compreendida sob esse enfoque e isso é visto na divisão de competências dentro do Estado federal tendo no município o ponto de partida.

Na Suíça, para se ter uma idéia, a divisão territorial do poder é feita entre 23 cantões (compostos por 3.000 municípios) dos quais três são subdivididos em cantões ainda menores. Cada cantão é comparado a um pequeno Estado soberano, pois é dotado de governo, parlamento, leis próprias e organograma judicial.

É nesse sentido que se defende a capacidade do estado-membro e município em se auto-organizar, na elaboração de suas leis e constituições, um concreto debate público.

⁹ Remete-se o leitor a uma obra essencial para o tema de autoria do professor José Alfredo de Oliveira Baracho: *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

4 ASPECTOS SIGNIFICATIVOS DA PROBLEMÁTICA ANALISADA

O Estado Federal brasileiro se comparado ao Regional italiano e ao Autônomo espanhol possui uma certa semelhança. O ponto de contato entre eles é que há uma autonomia normativa, ou seja, cada um pode legislar no âmbito local.

O ponto de distanciamento surge no momento em que se analisa a presença de um Poder Constituinte, no Estado Federal, capaz de organizar as localidades estaduais e municipais, sendo que as mesmas, por intermédio do Poder Instituído decorrente, criam suas próprias Constituições, estadual e municipal, e não precisam se submeter a uma intervenção do parlamento para aprovar tais Constituições que sofrerão um controle de constitucionalidade *a posteriori* pois, como é natural, a Constituição estadual deve respeito à Constituição federal e, a municipal deve observar a estadual e principalmente a federal.

O que identifica o município como ente federado é essa possibilidade de criar sua própria Constituição sem sofrer intervenção das outras duas áreas de governo, salvo no caso acima exposto, de afronta às leis hierarquicamente superiores.

O modelo autonômico espanhol pode, da mesma forma que o modelo brasileiro de Estado Federal, legislar, mas o critério de autonomia é reduzido quando essa descentralização administrativa e legislativa ordinária são levadas à aprovação pelo parlamento para ter validade.

Da mesma forma, ocorre com o Estado regional italiano, em que suas regiões recebem competências administrativas e legislativas ordinárias, mas as

mesmas sofrem um controle direito do Estado nacional.

Assim, o federalismo brasileiro de três níveis (União, Estado-Membro e Município) faz com que os entes locais possuam uma maior possibilidade de se organizar, e se essa organização tiver uma maior proximidade com o povo, fará com que os mesmos possuam parcelas de soberania reforçando ainda mais a tese apresentada.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o conceito clássico de soberania não tem conseguido corresponder às exigências da atualidade e o que se observa é um Estado centralizador sem atuação imediata. Assim, de acordo com a doutrina que utiliza o Direito como uma ciência, propõe-se, através da crítica científica, nesta pesquisa, uma considerável modificação no conceito clássico de que os Estados-Membros da federação, assim como os municípios, não são soberanos.

A Teoria do Estado Constitucional procurou superar todos os métodos autoritários e, após analisar-se as discussões e especulações que o problema da soberania tem acarretado, principalmente no que diz respeito à titularidade, entende-se que o poder de comando dentro de um Estado reside no POVO.

Assim, partindo do conceito de soberania em Rousseau, percebe-se que cada cidadão é detentor de parcela de soberania e, por tal motivo, defende-se o fortalecimento local para tornar as outras esferas estatais mais eficientes.

Nesse contexto, haveria uma maior participação democrática e uma oportu-

nidade de reestruturar a divisão de competências tendo nas localidades menores uma fonte emissora de soberania. Dessa forma, reduziria a acentuada leitura verticalista da Constituição federal que centraliza muitas competências no âmbito federal que funciona quase como uma matriz unitária.

Pode-se observar através deste trabalho que atualmente as esferas locais (estadual e municipal) estão longe de serem consideradas soberanas. Para serem tratados como tais, elas deveriam se amparar e legitimar na soberania da vontade popular.

Dessa forma, o debate público, envolvendo a participação do povo nas fases de elaboração, aprovação das leis e das constituições, poderia produzir um consenso sobre a eficiência e a legiti-

midade das leis propostas. De acordo com CARPIZO (1982) tudo isso pode ser criado ou destituído a qualquer momento pelo Povo através do exercício concreto da soberania. Nesse contexto, os municípios e estados seriam legitimamente soberanos para conduzir os destinos do povo.

Da abordagem feita conclui-se que isso pode resultar um Estado mais atuante e sensível aos problemas sociais, já que estaria mais próximo da realidade vivenciada. Em qualquer hipótese, as chances de fracasso seriam minimizadas, pois a vontade política do povo seria normatizada e sujeita à apreciação do judiciário. Abrir-se-ia espaço para a cidadania, respeitando a vontade popular e a sua soberania.

referências bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral de soberania. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: UFMG/Imprensa Universitária, n. 63/64, jul. 1986.
- _____. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte, FUMARC, UCMG, 1982.
- CARPISO, Jorge. La soberania del pueblo en el derecho interno y el internacional. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 28, jul./ago. 1982.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos de direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**. Leme- SP: Ed. de Direito, 1999.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEGRI, Antonio e Michael Hardt. A nova soberania. Entrevista concedida ao jornal **Folha de São Paulo**, 24 de set. de 2000. Caderno Mais.
- POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**. São Paulo: EDUSP, 1975.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal e cidadania. **Revista do Tribunal Regional Federal - 1ª Região**, jan./mar.- Brasília-DF, 1997, v. 1, n. 1.



RESENHAS

ALEXY, ROBERT.

TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
MADRE: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, 1993.

Alexandre Walmott Borges*

O que devemos salientar, em primeiro lugar, é o atraso na tradução desta significativa obra para o português. Robert Alexy ocupa lugar de destaque na seara do Direito Constitucional e da teoria da argumentação e lógica jurídicas. Frequentemente é citado por autores nacionais e estrangeiros. Muitos leitores, desavisadamente, já tiveram contato, em paráfrases, com seus escritos. Hoje a sua teoria principiológica é o contraponto aos estudos de Ronald Dworkin (em seu magnífico *taking rights seriously*). Urgente, portanto, a tradução de sua obra para o nosso idioma.

Valemo-nos para a presente resenha da edição espanhola. É impossível, contudo, realizar uma resenha conclusiva de toda a sua obra. Optamos por uma modesta contribuição dos capítulos 1 a 3. Explica-se: cada capítulo da obra de Alexy apresenta uma riqueza de informações que as limitações naturais de uma edição da revista não comportariam, se fossemos resenhar todo o seu *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Nas edições posteriores da UNIJUS pretendemos brindar o leitor com novos resumos dos demais capítulos.

No primeiro capítulo o autor salienta que o seu trabalho *Teoria de los derechos fundamentales*, é uma abordagem

jurídica geral dos Direitos Fundamentais. É o esboço de uma teoria jurídica geral dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental da República Federal Alemã. A teoria é construída sobre a base dos Direitos Fundamentais positivados na Constituição alemã. Este curioso alerta inicial não é sem propósito. Avolumam-se os tratados políticos e filosóficos dos Direitos Fundamentais. O que carece a Teoria do Direito é justamente, como pretende Alexy aprofundar em sua proposta teórica, é de uma abordagem dogmática.

Perceba-se que não é uma simples compilação – glosa – dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental alemã. É um estudo dogmático dos Direitos Fundamentais. Ao falar de dogmática o autor divide-a em três dimensões: i) analítica; ii) empírica; iii) normativa. Do que trata a dimensão analítica? São considerações sobre o Direito válido, aproximando-se de uma teoria geral do Direito. A dimensão empírica relaciona os fatos da prática jurídica, como o Direito legislado e as criações do Direito judicial (ou criação jurisprudencial). A dimensão normativa estabelece a crítica dos fatos observados na dimensão empírica. Procura identificar a fundamentação racional dos juízos de valor da *praxis* jurídica.

* Alexandre Walmott Borges. Professor da Universidade de Uberaba. Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNIT. Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos – IJ.COM. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC. Mestre em Direito pela UFSC. Doutorando em Direito pela UFSC. Advogado.

A riqueza da *Teoría de los Derechos fundamentales* impressiona pelo fato do autor propor, à abertura do livro, os marcos epistemológicos da ciência do Direito (reunindo as três dimensões acima referidas): disciplina prática, referida ao trabalho (a despeito de construções teóricas abstratas) com juízos concretos do dever-ser. A teoria apresentada por Alexy é uma teoria estrutural. É a ciência do Direito, na visão do autor, disciplina prática da fundamentação racional dos juízos concretos do dever-ser. Com estas considerações aponta para uma filiação, mediata, da sua teoria à escola da jurisprudência dos interesses.

No segundo capítulo, Alexy aborda o conceito da norma de Direito Fundamental. É ressaltado o papel central da norma jurídica em qualquer teoria jusfundamental – e mais ainda na teoria estrutural de Alexy, cioso de uma teoria jurídica geral dos Direitos Fundamentais. Interessante que o autor entende ser reducionista a construção que diz ser a norma jusfundamental um correspondente do Direito fundamental. E por quê? O rol de Direitos Fundamentais compreende, também, normas adscritas, que não se encontram adrede relacionadas a Direitos Subjetivos.

Há uma diferença entre enunciado e norma (o conceito semântico de norma): As normas podem apresentar várias situações. Um enunciado pode corresponder a uma norma ($e = n$). Um enunciado pode corresponder a várias normas ($e = n1 - n2 - n3$). Uma norma pode existir sem enunciado ($n = ?$). Este último caso é o das normas adscritas de Direito Fundamental.

Como escrevemos, ao início, Alexy destaca-se por seus trabalhos em lógica

e argumentação. A sua preocupação é de considerações semânticas sobre a norma. O que se entende por norma? O que permite identificar determinado enunciado como norma? Dependerá da contextualização e de sua relação com outros enunciados. A norma é, saliente-se, um enunciado deontico. O conceito semântico de norma é o fundamento, segundo Alexy, da validade do sistema. Neste diapasão deve ser realizada divisão entre o ato de imposição de normas e asseverar normas. Somente com análise pragmática que procura verificar qual a autoridade, ou emissor da norma e a sua força, compreendemos o sistema em sua inteireza.

Falar de norma de Direito Fundamental, na teoria de Alexy, é determinar que a norma de Direito Fundamental adquire este *status* por força da argumentação (argumentação jusfundamental estabelecida). A fundamentação jusfundamental correta, diga-se, destina-se tanto à interpretação e argumentação das disposições textuais como das normas adscritas. Para que alguns não se tomem de sobressaltos, ao imaginar que Robert Alexy está descambando para um subjetivismo judicial de interpretação, volte ao seu conceito de ciência dogmática: disciplina prática, referida aos juízos concretos do dever-ser. Disciplina prática da fundamentação racional dos juízos concretos do dever-ser.

No terceiro capítulo a discussão distintiva entre princípios e regras. Quais os critérios tradicionais para a distinção entre princípios e regras? i) generalidade, ii) determinabilidade de aplicação; iii) forma genética; iv) explicitação do conteúdo valorativo; v) idéia de Direito; vi) importância e supremacia. A obra utiliza

a visão contemporânea do Direito como sistema principiológico. A grande tarefa desenvolvida no capítulo é a busca de precisão terminológica e conceitual sobre os dois tipos de normas: os princípios e as regras. Esta diferença é qualitativa.

Os princípios são mandatos de otimização. São normas que ordenam realizar, *na medida do possível*, e com diferentes graus de cumprimento (dentre várias possibilidades de considerações reais e jurídicas), em relação a normas e princípios opostos. Há uma diferença importante com relação às regras: estas são cumpridas, ou não, dentro do jurídica ou *faticamente possível*. Outras diferenças apartam princípios e regras. No caso de colisão, ou conflito entre dois juízos deonticos contraditórios, há duas situações diferentes. No conflito entre duas regras, uma deve ser declarada inválida. Ou, existindo uma cláusula de exceção, acomodar, na situação concreta as normas conflitantes. Portanto, para a solução de conflitos entre regras deve-se utilizar dos critérios tradicionais de solução de antinomias. Ou uma verificação da importância da cláusula de exceção – relacionada à regra.

O conflito de princípios é qualitativamente diferenciado. Não há a declaração da invalidez ou introdução de cláusula que excepcione a situação sob análise. Deve ser feita a avaliação das circunstâncias concretas: um princípio prepondera sobre o outro em determinadas condições. E aqui há uma contribuição toda original de Alexy, ao apresentar o *conceito de precedência*: um problema de peso de princípios. Ao julgar estamos fazendo uma verificação do maior peso, no caso concreto, dos princípios em disputa. E esta verificação é realizada pon-

derando interesses opostos. Aqui estabelece-se aquilo que Alexy denomina lei de colisão. Um princípio limita o outro. Entre eles é estabelecida uma relação de precedência condicionada. Em determinadas condições concretas há de preponderar – precedência condicionada – o princípio *x* sobre o princípio *y*.

Como formalizar isto (relações de precedência)? Nas considerações tradicionais teríamos sempre uma relação de *precedência incondicionada*: **P1** prevalece sobre **P2**; **P2** prevalece sobre **P1**; independente de análise concreta do caso em apreciação. Precedência condicionada: **P1** prevalece sobre **P2** - em determinadas condições; **P2** prevalece sobre **P1** - em determinadas condições. A teoria principiológica de Alexy traz uma nova dimensão ao problema das antinomias e da idéia de sistema jurídico. Os critérios tradicionais de solução de antinomias mostram-se insuficientes no caso de normas-princípio. Alexy, com base na lei de colisão e precedência condicionada procura apresentar uma solução capaz de fugir ao casuismo decisionista. É, assim, uma construção dogmática (já que o intento do autor é dar uma resposta dogmática aos Direitos Fundamentais) que fornece uma resposta racional (e com previsibilidade) aos conflitos (ou, melhor, colisões) de princípios.

O que define o peso a ser aplicado ao princípio? As razões suficientes no caso concreto, ou seja, o enunciado de preferência é construído em relação às conseqüências jurídicas da decisão. As condições de preferência dependem de um jogo entre princípios e regras (temos que voltar ao conceito de norma adscrita): um princípio prevalece, em determinadas condições, sobre outro

princípio pela existência de uma regra (que será descoberta). A regra de preferência é uma norma adscrita. A regra é construída sobre o pressuposto fático das condições determinadas de preferência. O resultado da aplicação das condições concretas de preferência é a definição de conseqüências, prevalecendo um ou outro dos princípios (**P1** ou **P2**). Em determinadas situações podem ser vislumbradas várias conseqüências. Esta relação é que definirá a prevalência de um dos princípios. de Direito Fundamental.

Os princípios são mandatos *prima facie*. São estabelecidos para o caso concreto por uma ponderação de todas as possibilidades jurídicas e. No campo das regras há o conflito; no campo dos princípios há a colisão. É a terminologia adequada para diferenciar qualitativamente o conflito entre princípios. O caráter *prima facie* fáticas enfatiza o grau relativo de indeterminabilidade dos princípios. Isto aumenta as possibilidades construtivas do intérprete ou aplicador. É uma maneira de imprimir maior abertura ao sistema de normas da Constituição.

Os princípios são normas com razões *prima facie*; as regras apresentam o caráter de razões definitivas. Formalizando: i) **PRINCÍPIOS - razão – regras – decisões concretas**. Ou numa Segunda situação, onde pode esvaír-se o caráter *prima facie*: ii) **PRINCÍPIOS - razão – decisão concreta**. Para as regras há que se considerar que este tipo de norma tem um caráter concreto do dever-ser. Formalizando: iii) **REGRAS – razão – decisão concreta**. Como conseqüên-

cia, as regras, decisão concreta, são razão definitiva ou Direito definitivo. Os princípios são razão *prima facie* ou Direito *prima facie*. Com isto Alexy sustenta a possibilidade de decisões judiciais fundamentadas em princípios. Realça a normatividade desta espécie normativa. É também possível responder à pergunta da fundamentação de pretensões em juízo com base em princípios.¹

Quais as principais objeções a teoria dos princípios exposta pelo autor? Pode ser sustentada, por exemplo, a invalidez de Princípios? Os princípios estão no limite do real e normativo, apresentam as características de Direito relativo, de contemplação de valores e não precisam ser criados (são genéricos). Logo, princípio inválido é aquele que não pertence ao ordenamento (o que joga a questão da invalidez para um patamar distinto). Outra questão recorrente é a dos princípios absolutos. Existem princípios que preponderam sobre quaisquer outros? Aceitar a existência de um super-princípio é aceitar a natureza definitiva dos princípios, o que desmentiria a sua natureza *prima facie*.

Os princípios, quando em colisão, exibem relação com as máximas da proporcionalidade, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. As três máximas da proporcionalidade são: adequação, necessidade e ponderação. As possibilidades fáticas travam relação com a máxima da necessidade e da adequação. As possibilidades jurídicas travam relação com a exigência de ponderação. As máximas da proporcionalidade são critérios para a aplicação dos princípios.

¹ Utiliza referência a Dworkin: as regras sujeitam-se ao jogo de tudo ou nada; os princípios são direções, sem decisão determinada. Discorda do mesmo pois acredita que as regras também apresentam, em algumas situações, caráter *prima facie*. É a situação, descrita no fichamento, da atuação de cláusula de exceção. Embora a natureza *prima facie* não se equipare aos princípios. Ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 16. Ed. Cambridge: Harvard university press, 1997

Segundo o autor, o modelo puro desconsidera a vinculação à Constituição e as restrições e regulações que podem sofrer os Direitos Fundamentais. O modelo puro acaba desconsiderando a indispensável ponderação na aplicação dos princípios. O modelo puro de regras acredita ser possível interpretar as normas de Direito Fundamental com os métodos tradicionais da hermenêutica. É interessante que Alexy apresenta a possibilidade de restrições ou limitações aos Direitos Fundamentais. Estes podem ser de várias categorias: i) sem reserva; ii) com reserva; iii) com reserva qualificada. Conceituando os três é possível verificar as inconsistências do modelo puro de regras. Normas de Direito Fundamental sem reserva alguma, pelo modelo puro de regras, levam à posição de que tudo que está no pressuposto fático está jusfundamentalmente protegido. Como se fosse uma restrição imanente (restrições lógico-jurídicas imanentes, socialmente imanentes e eticamente imanentes). É impossível interpretar normas de Direitos Fundamentais sem uma ponderação. Ponderação implica, para Alexy, excluir a pureza do sistema de regras.

No caso dos Direitos Fundamentais como sistema aberto, sujeito a ponderações e verificação de precedência de princípios, é fundamental estabelecer qual a margem de atuação do legislador. Um sistema de regras – puro - conduziria a uma casuística gigantesca. Um sistema de princípios – puro – à vagueza e indeterminabilidade. A abertura permite, ao mesmo tempo, uma elasticidade ao sistema e previsibilidade e controle das decisões (que serão fundamentadas sempre em normas com elasticidade).

O problema de validade dos princípios (em sua relevância abstrata e concreta) é apresentado da seguinte maneira: válido é o princípio que está de acordo com as normas jusfundamentais. Todos os princípios com relevância para as decisões jusfundamentais são relevantes. Os princípios, contemplados numa disposição, conferem, via de regra, um direito subjetivo (jusfundamental). Isto desperta o problema dos princípios e bens coletivos. Podem aparecer princípios adscritos à cláusulas restritivas, dependentes de interpretação institucional ou esparsos em outras disposições da Lei Fundamental (da Constituição). Com esta colocação é possível detectar a margem dispositiva dada ao legislador infra-constitucional. Toda a margem dispositiva e a posição sistemática dos princípios dependerão da argumentação jusfundamental para a sua contextualização.

Existiria, segundo Alexy, uma hierarquia de princípios e uma tipologia de princípios: i) de 1º grau, compreendendo os princípios capazes de limitar os Direitos Fundamentais - sem reserva; ii) os princípios de 2º grau, devem estar formal e materialmente adscritos a disposições jusfundamentais. Os princípios podem ser classificados ainda: i) de conteúdo ou materiais; ii) formais ou de procedimento. A presença das regras, conforme exposto no mesmo capítulo, é marcante já na situação de princípios contrapostos. Regra completa é aquela que independe de ponderação. Regra incompleta, ao contrário, depende de ponderação. E qual a hierarquia entre regras e princípios? As decisões baseadas em regras são mais decisivas que aquelas baseadas em princípios. O importante é que não há uma regra de precedência entre

princípios e regras. Pode ser feita uma indicação de que regras precedem os princípios. O último só prevalece quando houver razões fortes em contra, indicando uma força menor da disposição com alto grau de objetividade. A preponderância das regras sobre os princípios parece indicar uma preferência por fonte de mais alto grau de objetividade. Quando há razões suficientes, ou seja, argumentos podem ser tecidos para decisão em outro sentido, o grau de objetividade é relativizado.

Os princípios e regras sedimentam a natureza dupla das disposições jusfundamentais. Vista a natureza das normas, enfrenta Alexy o problema dos valores. Há uma necessária ligação entre valores e princípios. Por quê? Toda decisão com sede em princípios é uma decisão que envolve valores – colisão de valores é uma colisão de princípios. Para diferenciá-los devem ser catalogados os conceitos deontológicos, os conceitos axiológicos e os conceitos antropológicos. Um princípio, mandato de otimização, é englobado no conceito deontológico (do permitido, do preceptivo e do proibido). O valor, englobado no conceito axiológico, pode ser classificado em valor: i) classificatório; ii) comparativo; iii) métrico. Com isto os valores servem de critérios de valoração dos princípios e regras de valoração das regras.

Com isto Alexy estabelece outra distinção entre princípios e regras. A diferença fundamental entre princípios e valores é de sua natureza. De dever-ser, deontológica, no primeiro. Axiológica no segundo. A ponderação - essencial para as relações de precedência condicionada e nas colisões de princípios - não é imune à críticas. Lembra Alexy que isto poderia conduzir ao decisionismo judicial (em nome da valores para os casos concretos) ou ao subjetivismo extremado. E qual a resposta ao emprego indiscriminado dos valores. Alexy procura definir a posição dos valores dentro (ou na órbita do sistema jurídico). O destaque aos valores mostra como o conteúdo da norma-princípio é objeto para ponderação. É patente a natureza axiológica do sistema jurídico a partir do momento em que aceita-se a vizinhança entre os princípios e os valores. Mais ainda ao mostrar a sua importância na decisão de casos concretos.

A complexidade dos conceitos de Alexy, como pudemos expor em rápidas linhas, é que nos conduz ao desafio de, nas próximas edições, aumentar o acervo de considerações sobre a sua obra. Ressaltamos, vez mais, que a sua contribuição (por nós exposta na resenha dos três capítulos) é uma teoria da dogmática jurídica, de uma teoria jurídica dos Direitos Fundamentais e uma teoria principiológica do sistema.



RESENHAS

BARROSO, PÉRSIO HENRIQUE.

CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO.

PARTICIPAÇÃO POPULAR E EFICÁCIA CONSTITUCIONAL.

CURITIBA: JURUÁ, 1999. 217 P. ·

Alexandre Walmott Borges*

A obra, produto da dissertação de mestrado defendida pelo autor no ano de 1997, apresenta balanço dos nove anos da Constituição Brasileira (o trabalho é compreensivo dos anos de 1987 a 1997). Analisa a trajetória entre o processo pré-constituinte (com o findar do regime militar e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte), o processo de funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte), o início da vigência do novo ordenamento (promulgação da Constituição *Cidadã*) e a produção de efeitos concretos do novo ordenamento constitucional (interpretação e aplicação pelos Tribunais, cumprimento das disposições pelos agentes políticos e administrativos).

A proposta do autor – de análise da participação popular na elaboração da Constituição – começa por crítica da idéia de representação popular. Neste ponto há incursão crítica pelo modelo do Estado e das formas de participação popular gestados pelo liberalismo. São agregadas considerações sobre a democracia representativa, institucionalização dos poderes do Estados, novas formas de organização popular, crise do modelo monista do Direito (e propostas do pluralismo jurídico) e o papel de uma Constituição como marco de organização estatal e comunitária.

Cioso da correta inserção de suas críticas no processo concreto de elaboração da Constituição de 1988, o autor sistematiza idéias sobre os novos movimentos sociais. É clara a sua intenção de lançar luzes ao movimento que resultou, na sequência, na abertura, Diretas-já, eleição de Tancredo Neves, convocação da Assembléia Nacional Constituinte e nova Constituição. Barroso quer trazer ao conhecimento do leitor que novas formas de organização social – os novos movimentos sociais – foram atores centrais em todo o processo. Atores que agem conjuntamente com os instrumentos consagrados de representação, como os partidos políticos, ou, em muitos casos, muito além da ação partidária tradicional.

O autor mostra que os movimentos sociais são ativos para encaminhar propostas nas discussões plenárias e de comissões durante a Assembléia Nacional Constituinte (87-88). Representam variados segmentos, interesses de minorias ou grupos coesos. Ao mesmo tempo que elenca as virtudes da participação dos grupos populares, mostra que o processo constituinte foi o palco de confronto entre estes movimentos e grupos conservadores. O livro apresenta a elaboração da Constituição como arena de com-

* Alexandre Walmott Borges. Professor da Universidade de Uberaba, Professor do Centro Universitário do Triângulo – UNIT, Mestre em Direito pela UFSC, Doutorando em Direito pela UFSC, Advogado.

bate entre o que classifica de setores de Direita e os grupos de afirmação da representação (e interesses) populares.

O encerramento do livro não pode deixar de ser um desdobramento do embate na época da elaboração constitucional. Barroso analisa, no último capítulo de sua obra, os problemas posteriores à promulgação da Constituição: eficácia das normas constitucionais, a vontade de Constituição e a concreta produção de efeitos dos novos Direitos estampados no texto constitucional. A tensão do processo constituinte (entre Direita e movimentos populares) prossegue, na visão do autor, no momento em que as normas são aplicadas pelos Tribunais e exigidas pelos seus destinatários. O quadro não deixa de ser pessimista. O que vemos é que entre vários sentidos de interpretação possíveis, em alguns dispositivos constitucionais, os Tribunais acabam optando por efeitos restritivos – tolhendo avanços populares. É da maior valia o balanço crítico sobre a atuação do STF como guardião da Constituição – nos anos de 1988 a 1997.

O livro é especialmente dedicado aos estudiosos da Teoria Constitucional – especialmente no tópico sobre o Poder Constituinte e titularidade do povo sobre o Poder Constituinte. De leitura fácil, abundante em análise de casos concretos, é bastante oportuna a sua indicação para os alunos dos primeiros anos ou períodos das disciplinas da área de Direito Constitucional. Fato de maior destaque é que o autor foge ao padrão tradicional dos trabalhos jurídicos. Não ficou restrito à pesquisa bibliográfica ou documental. Mesmo quando referencia fontes documentais é pródigo na indicação de jornais ou revistas (o que ilustra o cuidadoso trabalho de pesquisa realizado). Notável é a inserção de entrevistas como fonte de pesquisa (incluindo transcrição de trechos de entrevistas no texto). Este recurso metodológico traz importante consideração aos autores do Direito: muitas vezes é muito mais rico que incessantes e abstratas construções dogmáticas.



RESENHAS

GARAPON, ANTOINE.

“O JUIZ E A DEMOCRACIA: O GUARDIÃO DAS PROMESSAS”.
RIO DE JANEIRO: REVAN, 1999.

Ricardo Prata*

A ciência política, desde 1992, vem estudando um fenômeno de reordenamento dos chamados três poderes democráticos. A crise do Legislativo, o enfraquecimento e tecnização do Executivo vêm politizando o Judiciário. Os cidadãos vêm praticando um processo de ‘judicialização’, onde a questão política toma a forma de processo judicial, seja por falta de leis ou por imitação da lei sem recurso ao judiciário. Paralelamente, há um processo de juridicalização dos direitos humanos transferindo para o poder Judiciário o que antes era político, no sentido legislativo.

No Brasil, Bernardo Sorj e Luiz Werneck Vianna são exemplos de cientistas políticos que estudam este processo crescente e vertiginoso. A ‘cassação’ de Antônio Carlos Magalhães, sem ter havido processo, mas tomando emprestado a forma jurídica e tendo a Opinião Pública como a leitura de Garapon se torna imprescindível e gera um novo namoro da ciência política com a ciência jurídica. Garapon é um magistrado francês, mas, sobretudo é importante pesquisador do Institut des Hautes Études sur la Justice. É o contexto europeu é fenomenal para a distinção ou revisão teórica de Montesquieu e Tocqueville. Afinal, a Comunidade Européia foi criada juridicamente antes de ser política, e, apesar, de já possuir um Parlamento, ainda, não tem um Executivo. Assim a distinção das catego-

rias envolvida na questão salta aos olhos e permite um olhar límpido sobre o processo de judicialização nacionais.

No primeiro capítulo, Garapon já declina sua fonte na ciência política: Vallinder e Rosanvallon. E traduz nossa base conceitual como: “dois modos de colonização do político pela justiça: seja diretamente pela extensão da competência da justiça em detrimento do poder executivo e, seja indiretamente, pela extensão da competência da justiça em detrimento do poder executivo e, seja indiretamente, pela atração que o modelo jurisdicional exerce sobre o raciocínio político. A politização da razão judiciária não tem outro equivalente senão a judicialização do discurso político.” E mais adiante, “É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política”. Este magistrado chega a indagar pela caducidade do instrumento jurídico: “A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar sozinha, todo o sistema jurídico”. É igualmente contundente ao criticar o poder legislativo: “em numerosos países há muito tempo a lei não é mais elaborada pelo Parlamento, mas por tecnocratas politicamente irresponsáveis”. E conclui: “o terceiro poder enriquece-se com a discórdia dos dois primeiros”.

* Ricardo Prata é mestre em Ciência Política pela UFMG, possui diploma de estudos aprofundados pela Sorbonne, ex-professor de Pesquisa em Opinião na PUC-MG, atualmente é professor de Ciência Política no Curso de Direito da Universidade de Uberaba.



UNIJUS

RESENHAS

LIMA, MARIA ROSYNETE OLIVEIRA.

DEVIDO PROCESSO LEGAL.

PORTO ALEGRE: SÉRGIO ANTÔNIO FABRIS, 1999, 304P.

Gil Ferreira de Mesquita

Estudar a garantia constitucional do devido processo legal é tarefa das mais difíceis, principalmente para quem deseja obter resultados cientificamente satisfatórios. Por outro lado, apresenta-se como uma das investigações mais intrigantes com que pode deparar-se o estudioso do direito, principalmente ao serem considerados dois fatores preponderantes: a trajetória histórica do princípio e sua marcante presença nas estruturas estatais democráticas.

Maria Rosynete Oliveira Lima – do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – percorreu tais questões com a serenidade e seriedade pertinentes aos grandes juristas, tratando do tema com a profundidade recomendada. Sob a orientação do Prof. Gilmar Ferreira Mendes, produziu sua dissertação de Mestrado junto a Universidade de Brasília – UnB, recebendo de imediato a publicação da Editora Sérgio Fabris. A organização da obra – em cinco capítulos – bem demonstra o cuidado da autora em percorrer gradativa e sistematicamente os pontos que se dispôs a discutir.

Historicamente o *due process of law* teve origem na Inglaterra (1215) como uma conquista obtida pelos barões da época junto ao rei João Sem Terra, transformando-se numa regra que claramente limitava o poder do soberano e, por consequência seus desmandos. O desenvolvimento do princípio no direito inglês

e, posteriormente, sua transposição para as colônias inglesas da América são a base para a discussão proposta no primeiro capítulo da obra (pp. 21-45).

Marco importante neste tópico inaugural é a riqueza de detalhes na narrativa dos fatos históricos. Não é comum encontrarmos nas obras que exploram o tema apenas referências genéricas aos acontecimentos que antecederam a Magna Carta. Aqui, a autora buscou em vários autores estrangeiros informações que, se não forem inéditas na literatura jurídica brasileira, ainda não tinham sido tratadas com tanta propriedade. Exemplo disso é a narrativa do período compreendido entre a coroação do Rei João Sem Terra, em 27 de maio de 1199, até a outorga da Magna Carta, em 15 de junho de 1215.

O rigorismo mantém-se no capítulo seguinte (pp. 47-155), quando o devido processo legal é tratado numa “visão panorâmica”, como definiu a própria autora. Tal análise, que em verdade utiliza-se do direito comparado como método, ambienta o leitor ao tratamento dado à garantia nos ordenamentos alemão, argentino, espanhol, norte-americano, mexicano e panamenho. A abordagem merece elogios porquanto não se limitou aos acontecimentos históricos que, embora sejam fundamentais, não conseguiriam, isolados, demonstrar as concepções diversas adotadas por aqueles Estados. Ao

contrário, apresenta o devido processo legal inserido nos respectivos ordenamentos constitucionais e infraconstitucionais, fazendo referência às decisões dos Tribunais e colacionando o posicionamento dos mais autorizados doutrinadores estrangeiros, como Peter Häberle, Robert Alexy, Esparza Leibar, Konrad Hesse, Augusto Morello, John Nowak e Arturo Hoyos, para citar alguns.

Quando trata do direito norte-americano, a obra continua o estudo iniciado no primeiro capítulo. Neste ponto, todavia, a discussão cinge-se ao desenvolvimento do devido processo legal a partir do Texto Constitucional de 1787, que não consagrou a garantia. Embora as treze colônias tenham sido receptoras imediatas do princípio, sua inclusão na ordem constitucional daquele novo país ocorreu apenas por meio de um bloco de emendas de 1791, conhecido como *Bill of Rights*, especificamente pela Quinta Emenda, e, posteriormente, no ano de 1868 por meio da Décima Quarta Emenda. Ao final, a autora põe em destaque a dupla dimensão do *due process of law* – processual e substantiva – criada no direito norte-americano a partir da segunda metade do século XIX, tema que voltará a ser alvo de análise nos dois últimos capítulos.

No terceiro capítulo (pp. 157-237) a autora dedica-se ao exame do devido processo legal no direito pátrio, determinando inicialmente um “divisor de águas” fixado no ano de 1988, com a promulgação da Constituição vigente. Faz isso porque desde a Constituição Imperial (1824) até a Emenda Constitucional nº 1 (1969), o devido processo legal foi “ignorado” pelo Constituinte, vindo a ser positivado definitivamente no atual Tex-

to Constitucional, que previu expressamente em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O estudo do problema brasileiro não fugiu à análise das circunstâncias políticas, sociais e econômicas que nortearam diretamente as disposições constitucionais, enriquecendo a pesquisa.

Cuidou a autora neste capítulo de determinar-se favorável àqueles que creditam ao *due process of law* o mérito de ser uma “expressão do Estado de Direito”, embora tenha sido concebido numa época em que reinava o poder real totalitário. Prosseguindo, aborda o princípio em seu duplo aspecto – procedimental e substantivo – e conclui o capítulo tratando do tema em seu âmbito funcional, caracterizado principalmente pelo controle do Poder Público, não somente em sua feição jurisdicional, mas, também, executiva e legislativa.

O quarto capítulo (pp. 239-272), cuida do aspecto processual da garantia. A autora inicia este tópico pela apresentação do tema sob a ótica instrumentalista, afirmando que a observância do devido processo legal estaria restrita ao cumprimento de todas as etapas intermediárias que compõem o procedimento estabelecido – este o aspecto mais difundido no direito brasileiro. Em seguida, a obra ataca justamente esta concepção, porquanto a simples observação das etapas procedimentais não demonstra efetivamente a amplitude do *due process of law*, que deve ser visto sob um aspecto intrínseco, garantindo ao indivíduo etapas procedimentais mais extensivas que as oferecidas e, por consequência, a distribuição não só aparente da justiça. O capítulo é encerrado com outros

três aspectos que complementam o posicionamento tomado pela autora nos tópicos iniciais: o momento da realização do devido processo legal, as pautas básicas para o alcance do devido processo legal procedimental e a flexibilização do devido processo legal perante os novos direitos (ações coletivas).

O derradeiro capítulo (pp. 273-287) trata do devido processo legal substantivo. Com base nas concepções de razoabilidade e proporcionalidade – conceitos implícitos no art. 5º, LIV, da Constituição Federal – a autora sustenta a possibilidade de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei nas hipóteses em que aqueles critérios não forem observados. Sua tese é amparada pela mais avalizada doutrina e jurisprudência pátrias, principalmente em julgados do Supremo Tribunal Federal.

Felizmente, não fugiu à árdua tarefa de determinar os pontos de distinção e de comunicação que há entre os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, comentando de início uma pitoresca afirmação de Jellinek: “o problema da proporcionalidade é saber se não se atirou no pardal com um canhão” (p. 280).

Conclui, após discussão baseada no pensamento de juristas brasileiros e estrangeiros, que o princípio da proporcionalidade carrega em si, de maneira indissolúvel, a noção de razoabilidade e que estes são subprincípios concretizadores do devido processo legal, no seu aspecto substantivo.

Atendendo aos ditames metodológicos, principalmente por tratar-se de uma dissertação de Mestrado, o encerramento do livro (pp. 289-291) dá-se através de dez conclusões, proporcionando ao leitor uma visão genérica do que fora tratado nas páginas anteriores, garantindo o caráter científico da abordagem.

A autora, como bem afirmou o professor Inocêncio Mártires Coelho na apresentação da obra, “não se deixou impressionar pela complexidade do tema, nem se perdeu no labirinto das múltiplas concretizações que o devido processo legal vem experimentando ao longo do tempo, seja na sua terra de origem, seja nas pátrias de adoção, inclusive no Brasil, onde, a rigor, ainda se acha em processo de evolução”. É, pois, obra indispensável às nossas bibliotecas.

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)



INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS

Forma de Apresentação dos Originais:

- Três vias do texto em espaço duplo, sendo que só uma via conterà 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 Times New Roman, corpo 10,5. 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 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.

APRECIACÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelos Conselhos Editoriais e Científico, quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha 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.

