

**Revista do Curso de
Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista**

VOLUME 4 – 2006

**COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO
VOLUME 48**

THOMSON
—★—™
IOB

Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP

Prof. Dr. Nelson Gentil – **Diretor**

Curso de Direito

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues – **Coordenador**

Conselho Editorial

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (coordenador); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (UNESP);

Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez; Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 4 (2006) –
Porto Alegre: IOB Thomson 2005 –
v.; 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 48)

Irregular

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855)

**REVISTA DO CURSO DE
DIREITO DA FACULDADE
CAMPO LIMPO PAULISTA**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista - SP

Fone: (11) 4812.9400

Internet: www.faccamp.br

E-mail: marcosdomingues@faccamp.br

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.787900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e grande São Paulo

(11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247000

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.787900

INTERNET: www.sintese.com

APRESENTAÇÃO

Com entusiasmo apresentamos o 4º volume da Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

Renova-se a preocupação dos colaboradores com diversos aspectos e visões do Direito, analisando-se o ensino jurídico, o direito educacional, o texto jurídico e, como não poderia deixar de ser, o conteúdo tradicional do universo jurídico.

A multiplicidade de abordagens e assuntos – todos, de uma maneira ou outra, voltados para o Direito – consagra a proposta inicial: as múltiplas relações do Direito com o cotidiano da vida humana.

Ademais, o interesse pela revista de colaboradores externos revela também a importância da publicação, que cumpre o papel não só de incentivar a produção intelectual interna, mas também, igualmente, de promover a divulgação da instituição e daqueles que a constroem no dia-a-dia.

Tudo isso é altamente valorizado com a efetiva e entusiástica participação do corpo discente.

Pensamos que revista está cumprindo seu papel institucional: incentivar a reflexão dos atores educacionais, alunos e professores, para que, juntos, construam um mundo melhor.

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues



SUMÁRIO

DOCTRINAS

1. PENSANDO A HISTÓRIA DA FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL
Sabrine Pierobon de Souza 7
2. ASPECTOS DA LINGUAGEM DO TEXTO CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO EDUCACIONAL
José Rubens Demoro Almeida 21
3. A ESPECIFICIDADE DO TEXTO JURÍDICO
Robson do Boa Morte Garcez 35
4. UMA TENTATIVA DE REFLEXÃO – JURÍDICA E EXTRA-JURÍDICA – SOBRE A ARBITRAGEM
Renata Helena Paganotto Moura 45
5. MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL – CIDADES SUSTENTÁVEIS – DIREITO À SEGURANÇA
Priscila Arnoni Sá e Marcus Roberto da Silva 57
6. A RELAÇÃO TRILATERAL NA TRANSFERÊNCIA CONTRATUAL
Fuad José Daud 65
7. DIREITOS ADUANEIROS
Clovis Ernesto de Gouvêa 73
8. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SEU DESCUMPRIMENTO
Mauro Cabral dos Santos 93
9. DO PEDIDO COMO OBJETO DA AÇÃO
Aparecida Dias de Oliveira Formigoni 97
10. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS VARIAÇÕES
José Jair Ferraretto e Samuel Antonio Merbach de Oliveira 107

COLABORAÇÕES EXTERNAS

1. OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NA ESFERA PRIVADA
Hidemberg Alves da Frota 117
2. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO USO DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DO VÍNCULO DE EMPREGO EXISTENTE NAS COOPERATIVAS DE TRABALHO
Renato César Garcia 125

COLABORAÇÕES DE ALUNOS

1. O PRIMEIRO ESTÁGIO – EXPERIÊNCIAS DE UM ESTAGIÁRIO
Ana Maria Cristina Aparecida da Silva 143
2. DANO AMBIENTAL
Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Teixeira, Osmar Donizete da Silva,
Fabiano Bizeto e Rosângela Almásy 147

| | |
|---|-----|
| 3. A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE | |
| Dayane Marciano de Oliveira Castro | 151 |
| 4. A DOAÇÃO E O TESTAMENTO PODEM LIMITAR O DIREITO À PROPRIEDADE? | |
| Josiani Lima Pereira, Juscenir dos Santos Pereira, Maria de Fátima Santo Preti de Carvalho, Patrícia de Paula Oliveira Esteves da Silva e Rita de Cássia Cosseti | 157 |
| 5. PRINCÍPIOS DO REGISTRO DE IMÓVEIS | |
| Renato da Silva Morais e Cleide de Andrade Passos | 163 |
| 6. DIREITO DE VIZINHANÇA: PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO | |
| Ronaldo Alves Moreira, Gilberto de Souza Galdino, Aaron Daher Zuniga, Edmilson Luis Baêsso e Alexandre Peres da Costa | 167 |
| 7. ASSÉDIO MORAL: PREVENÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO | |
| Amanda C. Castillo de Lima, Anderson Grossi e Daniela Hermano e Vitor Castillo de Lima | 171 |
| 8. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: DANOS MORAIS E <i>HABEAS CORPUS</i> | |
| Gilza Mariane C. Coutinho, Luiz Roberto de Oliveira (<i>in memoriam</i>) e Elaine B. Machado Fonseca | 177 |
| NORMAS PARA PUBLICAÇÃO | 181 |

PENSANDO A HISTÓRIA DA FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

Sabrina Pierobon de Souza

Advogada, Professora de Direito Penal I e II da Faculdade Campo Limpo Paulista (Faccamp), Mestranda em Educação e Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Pontifícia Universidade Católica de Campinas).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações preliminares; 2 Formação jurídica no Brasil Imperial; 3 Primeira e Segunda Repúblicas; 4 Da década de 70 até os dias atuais; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente texto visa apresentar um breve esboço histórico sobre a formação jurídica no Brasil, apontando sua trajetória desde o período imperial até os dias hoje. Pretendemos fomentar discussões acerca do ensino e aprendizagem do Direito, através da consideração de suas determinações históricas.

PALAVRAS-CHAVE: formação jurídica; direito; ensino superior.

INTRODUÇÃO

É sabido que a formação jurídica, assim como a educação em geral, produz efeitos na estrutura social e define ou redefine fronteiras entre os indivíduos e os grupos sociais. A melhor ou pior formação dos profissionais do Direito reflete numa diferente constituição do aparelho técnico-burocrático do Estado na administração da justiça e, conseqüentemente, da sociedade.

Diante da afirmação acima, acreditamos que na relação de ensino e aprendizagem pode residir a causa de uma parte significativa das contradições existentes no processo de aplicação do Direito no Brasil e, somente através da compreensão da formação jurídica e suas determinações históricas, podemos contribuir, dentro dos limites da ciência, para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Contudo, com este artigo, não temos a pretensão de apresentar a história da formação jurídica no Brasil, mas apenas explicitar as nossas considerações sobre o movimento da história e o nosso sentir sobre a trajetória do ensino do Direito, baseado em fontes indiretas e munidos dos referenciais teóricos explicitados durante o trabalho. Como toda percepção, traz possibilidades singulares, mas também é míope, de certo modo.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A primeira universidade portuguesa foi fundada em 1290 e, depois de enfrentar diversos problemas políticos, teve suas atividades encerradas em 1537, quando foi criada a Universidade de Coimbra, contando com duas faculdades destinadas ao ensino

do Direito, a de Cânones, voltada para o Direito canônico, e a de Leis, voltada para o Direito Romano.

No século XVIII, como se sabe, a Europa enfrentou a crise do Antigo Regime, quando ao absolutismo foram opostas as idéias liberais. No entanto, Portugal,

“não conseguindo acompanhar as transformações das forças produtivas na Europa, tenta superar o atraso pelo fortalecimento do Estado, expresso no despotismo esclarecido do rei D. José I. O gestor dessa reorganização administrativa e econômica é o primeiro-ministro Marquês de Pombal, que procura modernizar o reino a fim de manter o absolutismo real.” (ARANHA, 2005, p. 132)

Contudo, as reformas propostas no âmbito do ensino do Direito pelo Marquês de Pombal não surtiram os efeitos esperados, dando ensejo ao surgimento de novos projetos e resultando numa complementação aos Estatutos Pombalinos no começo do século XIX (CURY, 2000, p. 151).

Somente no final do século XIX, o ensino jurídico português recebe as influências dos positivistas, segundo nos ensina Marquesi (2006, p. 39).

Esse relato sucinto se deu, pois a formação dos intelectuais brasileiros ocorreu, primeiramente, em Coimbra, atingindo somente as camadas mais ricas e privilegiadas da população e tornando possível o contato com o ideário liberal, diante do Iluminismo que fervilhava na Europa.

2 FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL IMPERIAL

Logo depois da independência, os grupos sociais dominantes definiram uma estrutura política que impediu a democratização da sociedade brasileira, relegando a participação política para o âmbito dos proprietários de terras e membros de camadas dominantes e institucionalizando a desigualdade social na esfera pública. A implantação dos cursos jurídicos no País, então, foi pensada como medida de vital importância, havendo a imperiosa necessidade de buscar a independência cultural da sociedade brasileira, que precisava formar os quadros políticos da burocracia estatal.

Nesta época, discutiu-se amplamente a questão da localização dos cursos e, finalmente, a Lei Imperial de 11 de agosto de 1827 criou, em Olinda e São Paulo, as Academias de Direito, instituídas e concebidas a fim de formar homens públicos para governar e administrar o País. O curso de São Paulo foi instalado no Convento de São Francisco, e o de Olinda, no Mosteiro de São Bento, sendo que apenas em 1854 passaram ambas a denominarem-se Faculdades de Direito (RODRIGUES, 2005).

Como nos ensina Adorno, desde cedo, os cursos jurídicos foram ditados pela necessidade de propiciar a formação da elite política coesa e disciplinada, e, para tanto, a prevalência dos princípios liberais sobre os princípios democráticos foi a premissa que orientou o principal intelectual da sociedade brasileira durante o século XIX: o bacharel em Direito (1988).

Cumprindo essa função preestabelecida, o bacharel, durante o império, “sedimentou a solidariedade intra-elite de modo a rearticular as alianças entre os grupos sociais representantes do mundo rural e do mundo urbano” (ADORNO, 1988, p. 78).

Wolkmer aponta que o bacharel-jurista do século XIX expressava, com sua presença, o resguardo dos interesses das elites. Reconhece-se que o bacharel possuía uma formação liberal-conservadora, primando pela autonomia da ação individual sobre a coletiva, e sempre divorciada dos reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades. Ocultava-se, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a manutenção de um espaço marcado por profundas desigualdades sociais (1995).

O direito era utilizado, então, para legitimar a estratificação social, “legalizando” os interesses das camadas dominantes e fazendo prevalecer os princípios liberais, em detrimento da igualdade e da democracia. Neste sentido, as inconsistências do mundo jurídico eram ocultadas através de discursos falaciosos.

Na época do império, “a ideologia liberal ao introduzir-se na sociedade brasileira pareceu conferir os fundamentos ético-políticos para a reformulação da legitimidade do poder” (ADORNO, 1988, p. 44). No âmbito legislativo, vários diplomas legais deram sustentação à estrutura de ensino que atenderia aos interesses dominantes.

A Lei de 11 de agosto de 1827 claramente não se pautou por critérios pedagógicos, mas preocupou-se com a preservação dos valores imprescindíveis para a consolidação das elites.

Após a aprovação do Decreto Regulamentar de 7 de novembro de 1831, a legislação atinente ao ensino jurídico vem a sofrer alterações apenas vinte anos depois, através dos Decretos nºs 608, de 16 de agosto de 1851, e 1.134, datado de 30 de março de 1853, quase que integralmente mantido pelo diploma imediatamente posterior (Decreto nº 1.386, de 28 de abril de 1854). Neste período, foram modificados alguns elementos da organização curricular, que certamente não implicaram transformações profundas na estrutura dos cursos jurídicos no País.

Cabe mencionar que, em 26 de abril de 1865, é promulgado o Decreto nº 3.454, gerando a

“redução do período de integralização dos cursos de cinco para quatro anos, a subdivisão das faculdades de Direito nas Seções de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, além do avanço na questão do ensino livre e a transformação em optativa da cadeira de Direito Eclesiástico.” (MARCHESI, 2006, p. 50)

A Reforma de Leôncio de Carvalho, consubstanciada no Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, veio em seguida efetivar o livre ensino primário, secundário e o superior na Corte, trazendo uma nova estrutura organizacional e curricular para os cursos jurídicos em geral.

O art. 1º do decreto aduz que “é completamente livre o ensino primário no município da Corte e o superior em todo o Império, salvo a inspeção necessária para

garantir as condições de moralidade e higiene”. No tocante à estrutura curricular, disciplina o art. 23 que

“As faculdades de Direito serão divididas em duas sessões:

§ 1º A seção de Ciências Jurídicas compreenderá o ensino das seguintes matérias: Direito Natural; Direito Romano; Direito Constitucional; Direito Eclesiástico; Direito Civil; Direito Criminal; Medicina Legal; Direito Comercial; Teoria do Processo Criminal, Civil e Comercial e uma aula prática do mesmo processo.

§ 2º A Seção das Ciências Sociais constará das matérias seguintes: Direito Natural; Direito Público Universal; Direito Constitucional; Direito Eclesiástico; Direito das Gentes; Diplomacia e História dos Tratados; Direito Administrativo; Ciência da Administração e Higiene Pública; Economia Política; Ciências das Finanças e Contabilidade do Estado.

§ 3º Para o ensino das matérias que formam o programa das duas seções haverá as seguintes cadeiras: uma de Direito Natural; uma de Direito Romano; uma de Direito Eclesiástico; duas de Direito Criminal; uma de Medicina Legal; duas de Direito Comercial; uma de Direito Público e Constitucional; uma de Direito das Gentes; uma de Diplomacia e História dos Tratados; duas de Direito Administrativo e Ciência da Administração; uma de Economia Política; uma de Ciência das Finanças e Contabilidade do Estado; uma de Higiene Pública; duas de Teoria e Prática do Processo Criminal; Civil e Comercial.

§ 4º Nas matérias que compreendem duas cadeiras o ensino de uma será a continuação do da outra. [...]

§ 8º O grau de Bacharel em Ciências Sociais habilita, independentemente de exame, para os lugares de adidos de legações, bem como para os praticantes e amanuenses das secretarias de Estado e mais repartições públicas.

§ 9º O grau de Bacharel em Ciências Jurídicas habilita para a advocacia e a magistratura.” (MARCHESI, 2006, p. 54)

A aludida reforma, que acabou se consolidando durante a República, preocupou-se demasiadamente com a formação de pessoal capacitado para a ocupação de cargos públicos, como podemos verificar através da Seção de Ciências Sociais. Contudo, efetivamente não

“estabeleceu a liberdade de ensino no Brasil, pois continuava existindo extremo rigor legislativo sobre os programas e as matérias a serem ministradas nos cursos superiores e nos demais. O que ocorreu não foi a implementação da liberdade de ensino, mas sim do ensino livre, que consiste na possibilidade de organização e disposição de cursos por particulares, ou seja, ensino privado.” (MARCHESI, 2006, p. 60)

Sinteticamente, podemos afirmar que, durante o império, o ensino do Direito se caracterizou por ter sido controlado pelo governo central, sendo que os cursos foram criados, mantidos e controlados de forma absolutamente centralizada; ter sido o jusnaturalismo a doutrina dominante; ter havido, no que se refere à metodologia de ensino, a limitação às aulas-conferência, no estilo de Coimbra; e ter sido o local de

comunicação das elites econômicas, onde formavam os seus filhos para ocuparem os primeiros escalões políticos e administrativos do país (RODRIGUES, 2005, p. 25-26).

No tocante à metodologia das aulas, no estilo de Coimbra, esclarece Bittar, de modo contundente, que

“uma aula de Direito no século XIX, sobretudo nas academias mais tradicionais e antigas do Brasil (São Paulo e Olinda), revestia-se de um simbolismo sem par. Quase um ritual era seguido até que a aula iniciasse, ou seja, até que o lente catedrático começasse a proferir a sua *lectio*. A aula era uma proposta de leitura *in verbis* do texto da legislação em vigor, refletindo o máximo de literalidade na interpretação da textualidade legal. A letra da lei parece tão inviolável quanto a das Sagradas Escrituras.” (2005, p. 15)

A formação jurídica no Brasil imperial foi de vital importância no processo de homogeneização política da elite, contribuindo para o êxito do projeto burguês-individualista, assentado na segurança, liberdade e propriedade.

Autores como José Eduardo Faria e Cláudia Menge (*apud* ADORNO, 1988) interpretam que o ensino jurídico, essencialmente conservador, situou as faculdades de Direito como encarregadas de promover a sistematização e a integração político-jurídica do Estado e do liberalismo, atendendo às necessidades de reprodução das estruturas de dominação mantidas pela elite. A formação do bacharel revelou-se como importante fator no processo de construção e manutenção da desigualdade social no País, durante o século XIX.

Desse modo, podemos aduzir que o fenômeno jurídico e a formação social no Brasil na virada do século XIX para o XX estiveram imbricados, sendo que a construção da ordem burguesa nacional contou com expressiva contribuição dos operadores jurídicos.

3 PRIMEIRA E SEGUNDA REPÚBLICAS

Na Primeira República, ao contrário do que se esperava, estabeleceu-se o mesmo prisma político e ideológico predominante nos últimos anos do Império (MARCHESI, 2006).

No âmbito da produção legislativa, o primeiro decreto republicano na área educacional ficou conhecido como Reforma Benjamin Constant, e levou o nº 1.232 H, datado de 2 de janeiro de 1891, mas não empreendeu reformas profundas, apenas suprimindo a cadeira de Direito Eclesiástico e dividindo as faculdades de Direito em três cursos: o de Ciências Jurídicas, com integralização prevista em quatro anos; o de Ciências Sociais, com integralização prevista em três anos; e o de Notariado, cuja integralização foi estabelecida em dois anos (MARCHESI, 2006).

A modificação vem, novamente, ao encontro das necessidades prementes da nova ordem, qual seja, a de capacitar advogados, administradores públicos e notários (MARCHESI, 2006).

Em seguida, a Lei nº 314, de 30 de outubro de 1895, modificou mais uma vez o currículo, eliminando a tripartição do curso e denominando-o de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Contribuiu ainda

“com a implementação de novas exigências para a instalação das Faculdades Livres de Direito, tanto em aspectos materiais como pedagógicos, e também com as novas regras para a questão das frequências no curso, que vinha sendo regidos pelo critério de ausência de frequência.” (MARCHESI, 2006, p. 64)

No mesmo período foi aprovado o Código dos Institutos Oficiais de Ensino Superior e Secundário, de 19 de dezembro de 1901, permitindo a matrícula de mulheres nos cursos jurídicos.

Em 1911, os Decretos nºs 8.659 e 8.662, ambos de 5 de abril, modificaram a estrutura curricular, retirando as disciplinas Filosofia do Direito e Direito Comparado, incluindo Introdução Geral ao Estudo do Direito, com o objetivo de iniciar e familiarizar os alunos ingressantes com o universo jurídico que lhes seria apresentado, e remanejando para o 3º ano a disciplina Direito Romano. O curso foi também estendido, passando a contar com seis anos de duração (MARCHESI, 2006).

Em patente retrocesso, a Reforma Maximiliano, introduzida pelo Decreto nº 11.530, de 1915, eliminou a disciplina Introdução Geral do Estudo do Direito ou Enciclopédia Jurídica, de índole progressista, fazendo retornar a Filosofia do Direito, de teor tradicionalista. A disciplina Direito Romano foi novamente remanejada para o 1º ano do curso, que voltou a contar com cinco anos de duração.

Como se sabe, em 1930, Getúlio Vargas iniciou a instalação de uma política centralizadora no País. O primeiro titular do Ministério da Educação e Saúde Pública realizou uma revisão histórica da educação brasileira recente e, como fruto dessa revisão, o então Ministro Francisco Campos elaborou o chamado “Estatuto das Universidades”.

Em 11 de abril de 1931, a Reforma Francisco Campos, efetivada através dos Decretos nºs 19.851 e 19.852, “deliberou que o país obedeceria preferencialmente a um sistema universitário, dispôs sobre a organização da Universidade do Rio de Janeiro, bem como reformulou o currículo do ensino jurídico” (MARCHESI, 2006, p. 70).

Segundo o Ministro, o curso de Direito era retrógrado, contando com várias disciplinas sem objetivo específico, inexistia preparo didático dos docentes e o currículo deveria modernizar-se, pois pouco abordava a compreensão do direito positivo brasileiro. Aduzia que, dentre outras mudanças, deveria ser ampliado o estudo do Direito Civil, aceitando aulas exclusivas sobre Direito de Família e Sucessões (MARCHESI, 2006).

Como afirma Rodrigues (2005), denota-se que, através do incentivo ao estudo do Direito positivo brasileiro e da introdução de novas matérias, buscou-se a implementação de um ensino nitidamente profissionalizante, com a formação de bacharéis dotados de conhecimentos essencialmente práticos, nos termos das novas demandas do capitalismo e das expectativas comerciais e econômicas brasileiras. Ressalte-se que nesse período os cursos de Direito foram desdobrados em dois: o bacharelado e o doutorado, cabendo ao primeiro a formação dos operadores técnicos do Direito e ao segundo a preparação dos futuros professores e pesquisadores.

Cabe mencionar ainda que a Constituição de 1934 trouxe uma transformação significativa na concepção geral de ensino no País, estabelecendo “os princípios legislativos que fundamentam o Direito educacional até a atualidade” (MARCHESI, 2006, p. 73). No entanto, nada de novo foi inserido especificamente acerca dos cursos jurídicos no País.

O novo currículo dos cursos jurídicos foi introduzido pela Lei nº 176, aprovada pelos parlamentares em 8 de janeiro de 1936, incluindo disciplinas como Direito do Trabalho e Direito Industrial, ambas destinadas a responder a um quadro social de reordenação econômica (MARQUESI, 2006, p. 73).

Com o advento do Estado Novo e da Constituição de 1937, o cenário mudou-se novamente, e as alterações curriculares deixaram de se realizar por lei, para efetivarem-se através de decreto-lei, emanado diretamente do Poder Executivo. O primeiro exemplo deste dispositivo acerca do ensino jurídico deu-se com o Decreto-Lei nº 2.639, datado de 27 de novembro de 1940, que dividiu a disciplina Direito Público Constitucional em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional (MARQUESI, 2006).

Através da análise da legislação ora apresentada, podemos afirmar, em síntese, que, na Primeira República, continuou havendo uma desvinculação entre a instância educacional e a realidade social, e as principais mudanças foram:

- “a) a introdução de alterações no currículo dos cursos, procurando dar maior profissionalização aos seus egressos. Continuou ele, no entanto, sendo rígido, não sendo introduzida nenhuma alteração estrutural;
- b) a influência decisiva do positivismo na concepção de Direito e seu ensino; e
- c) o início das discussões sobre a questão da metodologia de ensino. No entanto, a aula-conferência continuou sendo, regra geral, a opção didático-pedagógica adotada.” (RODRIGUES, 2005, p. 26)

No período compreendido entre 1930 a 1970, muito pouca coisa mudou, em termos qualitativos nos cursos jurídicos no Brasil.

Em 1955, San Tiago Dantas, na aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro, trata do panorama geral do ensino jurídico e aduz que seus problemas poderiam ser analisados de duas formas:

- “a) como uma projeção do problema geral da educação superior e de todo o sistema educacional; e
- b) como um aspecto da própria cultura jurídica;” (Apud RODRIGUES, 2005, p. 27)

Para o mencionado autor, o curso jurídico, através da velha aula-douta coimbrã, era um mero centro reprodutor de conhecimentos tradicionais, em que nenhum espaço fora reservado para a criatividade ou a preocupação com o novo (apud RODRIGUES, 2005).

Uma pretensa inovação ocorreu somente em 1962, quando houve,

“pela primeira vez na história do ensino do Direito brasileiro, a implantação de um currículo mínimo – até aquele momento o Estado, através dos órgãos

competentes, havia sempre imposto currículos plenos –, o que, formalmente, constitui-se em um avanço.” (RODRIGUES, 2005, p. 28)

Contudo, ressalte-se que a alteração no conjunto normativo educacional não trouxe maiores efeitos na prática presente nos cursos de Direito, mantendo-se os currículos plenos limitados e estanques, apesar da flexibilidade introduzida pelo novo sistema adotado (RODRIGUES, 2005).

4 DA DÉCADA DE 70 ATÉ OS DIAS ATUAIS

Durante a década de 70, vários juristas dedicaram-se a denunciar e apontar causas da crise do ensino, e uma ampla produção científica em programas de mestrado e doutorado se desenvolveu.

Dentre os autores que nesse período produziram de forma sistemática, podemos citar Alberto Venâncio Filho, Álvaro Melo Filho, Aurélio Wander Bastos, Edmundo Lima de Arruda Júnior, Eliane Botelho Junqueira, Horácio Wanderlei Rodrigues, João Batista Villela, Joaquim Arruda Falcão, José Eduardo Faria, Luís Alberto Warat, Paulo Luiz Neto Lobo, Roberto Fragale Filho e Roberto Lyra Filho (RODRIGUES, 2005).

Instituições também se mobilizaram na busca de perspectivas para o ensino do Direito. Como exemplo, podemos citar a ALMED (Associação Latino-Americana de Metodologia e Ensino do Direito) fundada em 1970, que contou com o envolvimento de diversos juristas brasileiros. Warat, seu fundador, afirmou que

“nos vários Congressos da ALMED (Associação Latino-Americana de Metodologia e Ensino do Direito) e nos cursos e palestras que Joaquim Falcão, Aurélio Wander Bastos, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e eu ministramos, tentamos fornecer elementos de Teoria Geral do Direito, de Filosofia, de Epistemologia e de Semiologia que permitiram um tratamento menos bitolado do saber jurídico.” (*Apud* ENGELMANN, 2004, p. 130)

Segundo a retrospectiva realizada por Warat, nos anos 70, “pode dizer-se que a crítica ao ensino do Direito efetivou-se em quatro fontes simultâneas: metodológica, epistemológica, política e afetiva”.

Para o autor mencionado, em termos metodológicos, “tentou-se superar o ensino tradicional do Direito (baseado nas aulas magistrais, na memorização dos códigos e a falácia de autoridade) por aulas mais participativas, baseadas em trabalhos grupais e objetivos pedagógicos claramente planejados”. No âmbito epistemológico, “tentou-se superar o tradicional divórcio que havia se instalado entre os dogmáticos e os filósofos do direito, mostrando a importância pedagógica da aproximação”. Buscou-se também a instrumentalização de um saber mais crítico, com o objetivo de “contribuir nas lutas dos direitos humanos e as possibilidades de abalar o terrorismo de Estado e, possibilitando assim, o início de uma eventual escalada redemocratizadora” e desmistificar a crença no caráter neutro da lei e seus saberes. No âmbito dos afetos, tentou-se inaugurar uma discussão em torno da afetividade do processo didático como suporte indispensável do trabalho de formação do aluno (*apud* ENGELMANN, 2004, p. 130).

Observe-se que o sentido da crítica iniciada na década de 70 não se dirigiu apenas às questões relacionadas à metodologia de ensino ou a estrutura curricular, mas cresceu também uma vertente política, voltada aos próprios conteúdos e aos valores produzidos pelo ensino do Direito. Essa vertente em muito se valeu dos fundamentos apontados na obra do ilustre autor francês Michel Miaille, denominada *Introdução Crítica ao Direito*, publicada em 1970, em que, discutindo questões de ordem deontológica e epistemológica, buscou-se descortinar e compreender as determinações sociais e econômicas do Direito.

Estas e outras discussões levaram o Ministério da Educação (MEC) a criar, em 1980, uma comissão de Especialistas em Ensino do Direito, com a finalidade de verificar a organização e o funcionamento dos cursos e apresentar uma nova proposta curricular. Contudo, essa iniciativa foi infrutífera, e o currículo sugerido nunca foi implantado.

Parte importante do grupo de juristas que se encarregou de denunciar a crise do Direito e seu ensino, ascendeu na esfera jurídica no fim do século XX e passou a ocupar espaços privilegiados no cenário nacional.

O grupo inicialmente periférico, dos agentes desvinculados das “grandes famílias” de juristas e políticos, portanto contando com capital de relações sociais menos expressivo, passou a ascender na esfera do ensino universitário e das carreiras jurídicas principalmente através da mobilização pela titulação acadêmica e articulação¹. Muitos desses juristas que se posicionaram contra a tradição e empreenderam críticas ao Direito e seu ensino vieram a ocupar, tempos depois, cargos em comissões da Ordem dos Advogados do Brasil, e em gestões de cursos jurídicos na década de 90².

Cumprir observar que, em 1992, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formou uma comissão de especialistas, em que se destaca a participação de um grupo de juristas ligados à UFSC, tais como Horácio Wanderley Rodrigues, Leonel Severo Rocha, Luiz Alberto Warat, Edmundo Lima de Arruda Júnior e Antonio Carlos Wolkmer, tendo por objetivo levantar dados e fazer um diagnóstico da situação do ensino do Direito e do mercado de trabalho para advogados. Como resultado dessa pesquisa, foi publicada uma coletânea de textos, denominada *Ensino Jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*, que trouxe importantes contribuições para a compreensão do cenário que se impunha, tornando visíveis as denúncias dos autores citados acima.

No mesmo ano, Horácio Wanderley Rodrigues, esclarecendo os múltiplos aspectos da “crise do ensino jurídico”, afirmou que,

“numa visão esquemática, pode-se buscar uma visualização do aspecto múltiplo da crise do ensino jurídico, da seguinte forma: a) nível estrutural, que

1 Esta dinâmica se deu principalmente na região sul do País, conforme comprova a mencionada pesquisa realizada por Engelmann (2004).

2 Como exemplos dessa assertiva, podemos citar Edmundo Lima de Arruda Júnior e Horácio Wanderley Rodrigues, ambos ligados à UFSC, e que vieram a compor a Comissão de Ensino Jurídico da OAB em 1991, dentre outras.

engloba as crises dos paradigmas político-ideológico e epistemológico; b) nível operacional, que abrange as crises acadêmica (curricular e didático pedagógica) e administrativa; c) nível funcional que inclui as crises de mercado de trabalho e identidade (decorrente da dissociação entre a imagem projetada e a prática concreta das atividades jurídicas e da indefinição sobre o papel social que cabe aos juristas) e de legitimidade (oriunda do conflito entre os valores proferidos pela prática jurídica e aqueles reivindicados pela sociedade.” (1992, p. 17)

Importantes autores deram continuidade às pesquisas e à denúncia da crise do ensino jurídico, ampliando a produção acadêmica e a publicação de obras sobre o tema. Wolkmer aduziu que

“a retrospectiva comprova que, até hoje, tais agentes não só hábeis servidores do ritualizado Direito estatal, afeto mais diretamente aos intentos dos donos do poder e dos grandes proprietários, como, sobretudo, talentosos reprodutores de uma legalidade estreita, fechada e artificial. Esses procedimentos definem uma atuação em grande parte conservadora, própria para justificar a manutenção da ordem vigente. Percebe-se, assim, uma tradição advocatícia desvinculada de atitudes mais comprometidas com a vida cotidiana e com uma sociedade em constante transformação. A postura técnica e casuística fecha-se frente ao dinamismo dos fatos e resiste a um direcionamento criativo, não conseguindo mais responder a novas e emergentes necessidades.” (1995, p. 13)

Diversos pesquisadores atribuíram ao processo de ensino-aprendizagem a responsabilidade pelos posicionamentos e usos correntes do Direito.

Contudo, como se viu, no fim do século XX, a crise não foi superada e persistiram muitos dos problemas apontados nas décadas anteriores, na maioria das Instituições de Ensino Superior no Brasil. Entretanto, novos espaços de discussão se abririam, algumas posições estratégicas foram conquistadas e outras organizações surgiram. Nesse sentido, o espaço jurídico se diversificou.

A legislação também se modificou como reflexo das mobilizações e, neste sentido, a Portaria do MEC nº 1886, editada em 31 de dezembro de 1994, avançou no âmbito do ensino jurídico, indo além do que tradicionalmente era objeto de normatização. Como nos ensina Rodrigues,

“ao fixar diretrizes curriculares, ela continha uma série de orientações que obrigatoriamente teriam de ser levadas em consideração, não apenas na elaboração da grade curricular, mas também no tratamento que deve ser dado aos conteúdos das matérias (2005, p. 86).

Trazia, no art. 4º, as seguinte diretrizes básicas para o ensino do Direito:

a) o curso devia estar alicerçado, obrigatoriamente, no tripé ensino, pesquisa e extensão. Isso significava que o seu currículo pleno devia estar, necessariamente, integrado por atividades de ensino, pesquisa e extensão. Esse aspecto ficou ainda mais objetivo com a criação da monografia final e de um espaço curricular integrado por atividades complementares, bem como pelo caráter de extensão parcialmente emprestado ao estágio supervisionado;

b) a autonomia das IES para organizar essas atividades de ensino pesquisa e extensão; e

c) a limitação dessa autonomia, presente na exigência de que essas atividades deveriam atender às necessidades de formação do Bacharel em Direito em quatro níveis diferenciados: fundamental, sociopolítico, técnico-jurídico e prático. Em função desses níveis, a estrutura dos cursos foi pensada em momentos diferenciados e complementares entre si: matérias fundamentais (de conteúdo interdisciplinar e de formação básica), matérias profissionalizantes (de conteúdo técnico-jurídico), prático (composto pelo estágio e pela monografia final) e complementar (formado pelas atividades complementares e matérias não previstas no conteúdo mínimo do curso).” (RODRIGUES, 2005, p. 86-87)

Muitas outras mudanças foram salutares, tais como a exigência das atividades complementares (no total de 5% a 10% da carga horária, segundo o art. 4º da referida lei); a flexibilidade de regime acadêmico, que podia ser o seriado, de créditos ou qualquer outro que fosse adequado à realidade da IES; o estabelecimento de um acervo bibliográfico mínimo etc. Enfim, avançou na fixação de condições mínimas para o bom funcionamento do curso.

Cumprе ressaltar que a edição da Portaria MEC nº 1.886/1994, que surgiu em razão do processo que se iniciou na década de 70, teve, segundo Rodrigues, os seguintes pressupostos:

- “a) o rompimento com o positivismo normativista;
- b) a superação da concepção de que só é profissional do Direito aquele que exerce atividade forense;
- c) a negação da auto-suficiência ao Direito;
- d) a superação da concepção de educação como sala de aula; e
- e) a necessidade de um profissional com formação integral (interdisciplinar, teórica, crítica, dogmática e prática).” (2005, p. 97)

No entanto, é notório que a reforma não surtiu os efeitos esperados, sendo que a mudança ampla e profunda pretendida somente se produziu no âmbito formal.

A legislação sofreu outras modificações e, em 2004, foi editada a Resolução CNE/CES nº 9 (Anexo G) que vigora nos dias de hoje. Quanto ao perfil do egresso nos cursos de Direito, reafirmou que:

“O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I – leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II – interpretação e aplicação do Direito;

III – pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV – adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

- V – correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- VI – utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- VII – julgamento e tomada de decisões; e,
- VIII – domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.” (DOU nº 189, 2004, Seção 1, p. 17-18)

Roberto Fragale Filho, em palestra proferida no dia 21 de abril do corrente ano, durante o IV Congresso Brasileiro de Ensino do Direito, afirmou que, no dispositivo transcrito, as competências e habilidades reveladas pelo bacharel podem ser resumidas em quatro itens: 1. Inteligibilidade, que consta dos incisos I e V; 2. Logicidade, que consta dos incisos II, VI e VIII; 3. Competência investigativa, do inciso III, e 4. Competência decisória, dos incisos IV e VII.

Apesar das importantes mudanças legislativas, que pretendem gerar melhorias para o ensino jurídico no País, pesquisas recentes atestam que, no início do século XXI, a busca de perspectivas ainda continua recomendável, pois muitos problemas têm insistido em se perpetuar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através das informações acima, podemos notar na trajetória nem sempre evolutiva do ensino do Direito no Brasil que, durante os séculos XIX e XX, a formação jurídica se encarregou de dar suporte à constituição e manutenção de uma sociedade cada vez mais desigual e injusta.

Contudo, mudanças significativas ocorreram nos últimos trinta anos, a exemplo da edição das leis mencionadas, principalmente devido à mobilização de associações buscando melhorias para o ensino jurídico. A recente fundação da ABEDi (Associação Brasileira de Ensino do Direito)³ e suas crescentes produções evidenciam a continuidade deste movimento.

Está ocorrendo também uma mudança importante no cenário dos cursos jurídicos, que têm buscado se adequar a novas realidades, além de uma mudança no perfil do professor. Segundo dados do Cadastro Nacional de Docentes (2005), o número de mestres atuando como professores nas Instituições de Ensino Superior cresceu quatro pontos percentuais entre 2001 e 2005 – de 33,2% em 2001, passou a corresponder a 37,2%, em 2005 –, e o número de doutores cresceu aproximadamente 1%, correspondendo a 21,9% do total dos docentes, no ano de 2005.

As características socioeconômicas do acadêmico também vêm passando por uma transformação gradual, diante do acesso mais diversificado aos cursos jurídicos. Bittar afirma que

3 A ABEDi foi fundada em 2001 e, desde então, tem promovido congressos, encontros e amplas discussões em torno do ensino jurídico no Brasil, apresentando alto grau de relacionamento, interlocução e negociação com o governo neste âmbito.

“por um processo de gradativa democratização, o ensino do Direito foi-se moldando às novas realidades. Pouco a pouco, de um ensino elitizado passou-se a um ensino de massa, de um ensino eminentemente público, passou-se a um ensino privado, e de métodos arcaicos de transmissão de conhecimentos passou-se à adequação da linguagem aos novos parâmetros e recursos pedagógicos.” (2001, p. 88)

Lembremos que, além do processo de socialização escolar e profissional, as características sociais daqueles que têm acesso ao título de bacharel também repercutem nos usos das profissões jurídicas (ENGELMANN, 2004).

Contudo, apesar das significativas mudanças, ainda persiste a crise do ensino jurídico. Neste diapasão, Bicudo, realizando pesquisa sobre o ensino do Direito no século XXI, aduziu que este continua sendo

“reflexo de um modelo didático pedagógico retrógrado, que não se estabeleceu de forma racional, já que foram conservados os velhos padrões de ensino, obedecidos desde a Universidade de Bolonha, no século XIII, apenas adaptando-se às conveniências atuais.” (2004, p. 73)

Marchesi, realizando pesquisa acerca da crise atual do ensino jurídico no Brasil e a questão curricular, afirmou que “o currículo dos cursos jurídicos conduz para um ensino baseado em aulas abstratas e que geram um distanciamento do aluno e sua realidade” (2006, p. 161). Para o mesmo autor, há fatores curriculares e pedagógicos que influem na crise, tais como a ausência de estímulo à pesquisa, o escasso desenvolvimento de atividades como seminários e discussões, ausência de um programa eficiente de estágio supervisionado, além dos fatores extracurriculares, que se consubstanciam principalmente na mercantilização do ensino com a descontrolada abertura de novos cursos.

Os obstáculos para construir, através do ensino jurídico, um Direito comprometido com a vida e com as necessidades sociais emergentes, são muitos. É certo que

“a melhoria da qualidade do ensino jurídico está vinculada à política governamental e à mudança de paradigmas. É difícil o rompimento de paradigmas, uma vez que podem interferir nos interesses econômicos, prejudicando a indústria do ensino.” (BICUDO, 2004, p. 78)

As recentes alterações legislativas buscam avançar positivamente e apontam para a melhoria na qualidade dos cursos de Direito no País. Contudo, mais de dez anos depois da publicação da Portaria nº 1.886/1994 (MEC), evidenciamos, através das pesquisas, que vários aspectos que vêm sendo criticados deste a década de 70 ainda persistem no cotidiano acadêmico. E por quê?

Talvez porque, apesar da reforma ter se processado muito bem na esfera normativa, a legislação jamais poderá sozinha mudar a concepção de ensino, e tentar a transformação ampla através dela é exatamente pressupor o mesmo paradigma que se pretende combater e superar com ela.

Historicamente, como vimos, o que se tem feito é vivenciar o paradigma positivista, almejando mudar o ensino exclusivamente por via legislativa, muitas vezes sem

dialogar com a realidade concreta, sem considerar o cotidiano vivo que traz elementos para a sua própria transformação.

Além disso, infelizmente, nem todos os atores envolvidos no processo de ensino e aprendizagem sabem ao certo o que desejam romper e o que pretendem efetivamente construir, por desconhecerem muitas das determinações históricas do seu objeto de estudo, que tentamos explicitar neste singelo trabalho.

Nesse sentido, acreditamos que refletir sobre a formação do bacharel no momento atual e identificar as mudanças que se processaram e aquelas que ainda necessitam ocorrer é imprescindível a fim de contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

É este convite que pretendemos esboçar, através deste texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da educação*. São Paulo: Moderna, 2005.
- BICUDO, Maria Aparecida Vigiani; ESPOSITO, Vitória Helena Cunha (Orgs.). *A pesquisa qualitativa em educação: um enfoque fenomenológico*. Piracicaba: Unimep, 1994.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- CURY, Vera. *O ensino do direito: raízes históricas ideológicas*. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2000.
- ENGELMANN, Fabiano. *Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.
- MARCHESE, Fabrizio. *A crise do ensino jurídico no Brasil e as possíveis contribuições da educação geral*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2006.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO FEDERAL. OAB: *Ensino jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para quem?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- _____. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- WARAT, Luiz Alberto. Incidentes de ternura. In: FILHO, Nilson Borges (Org.). *Direito, estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1995.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedade liberal e a tradição do bacharelismo jurídico. In: FILHO, Nilson Borges (Org.). *Direito, estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1995.

ASPECTOS DA LINGUAGEM DO TEXTO CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO EDUCACIONAL

José Rubens Demoro Almeida

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Especialista em Formação de Professores para o Ensino Superior (PUC/SP), Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil no Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (FACCAMP/SP), Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A educação na Constituição: uma questão de princípios; 2 A linguagem constitucional; 3 A educação na Constituição: um fenômeno comunicacional 4 Semiótica e hermenêutica; 5 O texto do direito: constitutivo e prescritivo; 6 O discurso jurídico constitutivo da realidade; 7 O poder do discurso jurídico interpretado: a condução de condutas; Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: Para que se possa avaliar a importância da educação na Constituição brasileira, necessária se faz uma reflexão sobre alguns aspectos da interpretação do texto constitucional, que traduz, por meio de uma linguagem própria, princípios fundantes da organização política de uma comunidade e expressa a importância da educação como um dos pilares do Estado Democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e educação; direito constitucional; direito educacional; interpretação; linguagem jurídica.

INTRODUÇÃO

Direito é texto, conjunto de signos, de representações. A questão da “linguagem” jurídica assume dimensão maior quando voltada para o “texto” constitucional, que ultrapassa a primeira idéia do Direito como regulador de ações humanas para pretender organizar o próprio poder político.

A linguagem constitucional é peculiar, própria, mas, antes de tudo, é linguagem, pretende em primeiro lugar comunicar. Neste contexto, a educação, alçada à categoria de bem jurídico, expressa valores queridos ou pretendidos pela comunidade política. As peculiaridades do texto – da linguagem – do direito constitucional no trato da educação devem ser ressaltadas porquanto componentes de um contexto de princípios e fundamentos que são valorizados, expressos e transmitidos – ou comunicados. É neste ponto que o trabalho do intérprete (ou aplicador) do Direito deve buscar suas referências e em que deve apoiar-se.

O direito constitucional e sua linguagem relacionada à educação constituem um discurso dinâmico no qual predominam funções específicas da organização política, das condutas humanas, da formação do cidadão em geral e do ensino como instrumento (ou aspecto) da educação formal, em particular.

Constituição, educação, texto, linguagem e interpretação são objetivos de um estudo que se pretende também uma breve reflexão sobre a atuação do intérprete-aplicador do Direito, mediador entre a norma e o homem comum.

1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS

*“Nada es verdad,
ni es mentira,
todo depende del cristal
con que se mira.”¹*

Para início da abordagem da interpretação da linguagem constitucional e da educação, há que se atentar para o tratamento dado pelo texto da Constituição. Este o ponto de apoio do intérprete, para ele convergirá sua lente, seu olhar para, então, estabelecer o processo de mediação entre a norma e o caso concreto. O olhar para a educação deve passar pela lente da Constituição.

A educação, qualificada como Direito de todos e dever do Estado e da família, objetiva o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o trabalho e o exercício da cidadania, como expressamente disposto no art. 205 da Constituição Federal (CF). Assim, definido o objetivo constitucional da educação, relaciona-se com os princípios expressos como fundamentos da República Federativa na forma assumida de Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

São conhecidos como fundamentos republicanos, além da soberania e do pluralismo político, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

O texto constitucional elege a educação como um dos instrumentos de consecução do princípio fundamental da organização e estruturação da República, quando estabelece a cidadania, a dignidade da pessoa e os valores sociais do trabalho como os objetivos da República (CF, art. 3º).

É diante desta perspectiva que se deve nortear a abordagem das questões educacionais no texto constitucional para obter critérios interpretativos de estudo do texto e de sua expressão como linguagem. Não se perca de vista também que a educação é um dos direitos sociais relacionados no art. 6º da Carta Magna:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A partir da concepção de “unidade” da Constituição, que se estabelece como critério para a sua interpretação de modo a articular o sentido dos dispositivos e harmonizá-los segundo uma ótica abrangente e sistemática, os princípios constitucionais merecem especial destaque.

¹ Citado por Maturana (2001, p. 44).

Perquirir sobre sentido, significado exige cuidados por parte do intérprete ou do aplicador do Direito, na medida em que a atuação de valores ideológicos é constante no embate entre princípios e valores.

Neste sentido, Nina Ranieri adverte:

“Dentro desta lógica, que compreende princípios e regras, são os princípios constitucionais vetores que dão sentido ao quanto se segue.

[...]

É que os princípios possuem a dimensão que não é própria das regras jurídicas. Dentro da dimensão do peso, assinala Grau (1997), em cada caso se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas situações, podem ser alcançadas. Tanto o aplicador, quanto o intérprete do Direito, ao comporem tais jogos de princípios, atuam sob o impacto de valores ideológicos.”²

A autora traz ainda esclarecedor entendimento de Paulo Benavides, que reconhece a normatividade dos princípios, de modo a servir também de parâmetro no processo de interpretação.

“No mesmo sentido, Bonavides (1994) que acentua o caráter valorativo dos princípios: ‘Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie [...]. A demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; a supremacia que não é unicamente formal, mas, sobretudo material, apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.’” (sic)³

Ainda que não se possa afastar a carga ideológica atuante no elenco de princípios, que também são normatizados no texto constitucional, o trabalho do intérprete deve se pautar para identificá-los e levá-los em consideração, tendo em vista a harmonização que a unidade do texto requer, como conjunto de normas que compreendem regras e princípios.

Assim, a norma, ao regradar, funda-se nos princípios que se harmonizam no texto ao mesmo tempo que os expressa.

Na Constituição, a educação – ou o trato a ela dedicado – é um bem jurídico que consagra objetivos da própria República em sua dimensão democrática (“o direito de todos” da CF, art. 205), que ultrapassa os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos.

2 Ranieri (2000, p. 73).

3 Idem, *ibidem*.

No mesmo diapasão, quando a Constituição Federal se expressa no sentido de garantir a gratuidade e universalidade da educação (art 208, I, II), ainda que aqui o texto se refira ao “ensino” ou à educação no seu sentido formal (escolar).

A dimensão democrática da educação na Constituição é ressaltada por Nina Ranieri:

“Fundamentalmente deve ser notada a garantia institucional consagrada no art. 205. A educação, como tal, tem sujeito e objeto distintos do direito individual e social à educação, e por isso é protegida diretamente como realidade social. Esta proteção, é certo, expande-se indiretamente para a proteção daqueles direitos fundamentais.”⁴

O que se disse até aqui visa ressaltar como o bem jurídico “educação” – centro de estudo do direito educacional – é expresso no texto constitucional como tradução de princípios democráticos que dizem respeito à própria forma de organização do Estado e do Governo. Um Estado Democrático de Direito na forma de República Federativa tem como um dos seus alicerces fundantes a educação.

A “lente” do intérprete constitucional deve ser moldada a partir destes princípios norteadores e normativos. Sem que se perca da norma o processo interpretativo pode transitar entre as regras e os princípios constitucionais e identificar uma linguagem própria da Constituição no trato das questões educacionais.

Assim, considerada a educação como instrumento para a consecução de princípios democráticos, contribui para uma forma característica de organizar e estruturar o poder político. Tal constatação sobreleva a importância da educação na Constituição – uma vez que ligada intrinsecamente à própria essência da democracia, que deve ser legitimada pelos instrumentos possibilitadores da expressão da vontade popular. Assegurar a educação plenamente como formadora do cidadão quer dizer, por decorrência, formar e equipar de instrumentos legitimadores do exercício do poder e do domínio político organizado.

Neste sentido a lição de Canotilho:

“O princípio democrático não elimina, como é óbvio, a existência das estruturas desse domínio. Daí caracterizar-se o *princípio de organização* da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governante e governadores e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentais [...] é o princípio democrático que permite organizar o domínio segundo o programa de auto determinação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo) igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de Governo.”⁵ (grifo no original)

4 Idem, *ibidem*, p. 75.

5 Canotilho (1991, p. 422).

A peculiaridade de direito educacional na Constituição, além de normatizar e expressar princípios fundamentais da própria organização política, também é de se dirigir à formação do cidadão e prepará-lo para ser agente legitimador do poder.

2 A LINGUAGEM CONSTITUCIONAL

Antes de prosseguir no trato da interpretação aplicada ao texto constitucional, necessário verificar se há alguma peculiaridade na sua linguagem que se expresse especialmente por tratar-se da Constituição, em comparação a outros textos normativos. Essa distinção se impõe, tendo em vista sua supremacia em relação às demais normas e aos aspectos fundantes de seus conteúdos.

Uma das características da Constituição – ou pelo menos de uma Constituição – é o conteúdo sintético de seu texto e a utilização de termos de significado impreciso porque pretensamente abrangentes. Aliada a esta sinteticidade de rigor, há a considerar que as normas constitucionais, além de trazerem em seus conteúdos princípios e valores, também contêm expressões de opções políticas.

O esforço de sintetizar e o emprego de termos vagos geram a discussão sobre as denominadas “lacunas” no texto constitucional. Tendo em vista que a norma deixa de detalhar várias situações, poder-se-ia entender que o texto é lacunoso.

“Lacuna”, para Celso Bastos, é “aquele vazio normativo que não satisfaz o aplicador do Direito”.⁶ O aplicador (que é necessariamente um intérprete), diante da concisão do texto, vê-se desafiado a construir uma norma para aplicação ao caso concreto. Busca harmonizar, sistematizar o texto, porquanto a linguagem constitucional, ainda que sintética, não é lacunosa. Isso ocorre porque o tratamento interpretativo dispensado ao texto da Constituição difere do relegado às normas infraconstitucionais em que é possível constatar lacunas, merecedoras de integrações analógicas. Em nível constitucional, não pode o intérprete admitir lacunas: se o constituinte não se estendeu, não abrangeu a matéria sob exame, é porque assim não quis, relevando ao legislador ordinário fazê-lo – e por consequência também ao aplicador que deve buscar no processo de harmonização normativa subsídios para a sua aplicação.

Neste sentido, Celso Bastos:

“Quando, contudo, é a Constituição Federal que não trata de determinado assunto não se poderá falar propriamente em ‘lacuna’, já que não há o que se chama de princípio da reserva constitucional. A hipótese aparentemente omitida pela Constituição poderia ter estado ao alcance do constituinte, que por aí evitou trazer minúcias ou particularidades à Constituição. Quando teve em mira o constituinte limitar-se a determinado caso, não se tratará de lacuna, e sim de competência relegada à lei ordinária para abordar o assunto.” (sic)⁷

6 Bastos (1999, p. 55).

7 Idem, ibidem, p. 55.

Como já dito, “O Direito, enquanto sistema aberto de normas, é uma incompletude completável”⁸.

Neste espaço de “incompletude completável” atua o intérprete. Aqui merece especial atenção o tratamento normativo constitucional dedicado à educação. Deixou o constituinte de definir qual educação constitui um dos objetos da consecução democrática do Estado. Deveria fazê-lo?

Não. A própria concepção de democracia abrangente, aberta, plural, deve conduzir à interpretação das disposições relativas ao direito educacional na forma mais ampla possível, diante das relações temporais, históricas, sociais que a formação do cidadão exigir. Outra questão diz respeito à educação formal – o ensino, a escola em seus diversos níveis – sempre assegurada sua universalidade, gratuidade e qualidade, por força dos princípios constitucionais democráticos que deve expressar.

Como poderá o constituinte estabelecer parâmetros, detalhes, por menores que sejam, para o estabelecimento de critérios qualitativos do ensino?

De certo este não era o propósito do texto constitucional que se pretende sintético, mas não lacônico; conciso, mas não insuficiente, de modo a possibilitar ao intérprete a ponderação, harmonização e sistematização dos preceitos constitucionais relativos à educação, no confronto de valores sociais, históricos e políticos que possam ajudar a inferir sua melhor aplicação.

Esta é a característica da linguagem constitucional a desafiar o intérprete: concisão e intencional imprecisão dos termos de modo a abrigar os princípios no texto⁹ e, mais, abrigar conotações e opções políticas, posto que intrinsecamente ligadas ao postulado de organização do poder político e de forma de governo eleito para uma comunidade.

Esta escolha é intencional, segundo Celso Bastos:

“Portanto, a própria indeterminação de que se revestem as normas constitucionais é produto de um consenso político, é algo premeditado. Não há decisão do constituinte a ser descoberta pelo intérprete simplesmente porque ela não existiu.

O que terá havido, nesses casos, será um mero compromisso político que, no mais das vezes, acaba por gerar nas constituintes, normas de cunho programático.”¹⁰

Socorre-se de esclarecedora lição de Paulo Bonavides:

“As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar são de preponderante conteúdo político e por isso mesmo sujeitas a

8 Idem, *ibidem*, p. 56.

9 Idem, *ibidem*, p. 59.

10 Idem, *ibidem*, p. 61.

um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.” (sic)¹¹

Destaca-se assim a singularidade da linguagem normativa constitucional, sintética, imprecisa, aberta a princípios (e não regras) e de forte conotação política a desafiar o trabalho do intérprete diante do texto.

Como ainda bem assevera Celso Bastos:

“Segundo Konrad Hesse, para o direito constitucional a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do direito.”¹²

Essa é a razão pela qual a norma constitucional surge como uma “petição de princípios” ou como “normas programáticas”¹³ de modo a criar possibilidades de “atualização” dessas normas para adequar-se ao novo contexto em que deva ser aplicada. Este é o desafio posto ao intérprete pelo texto e pela linguagem própria da Constituição: atualizar – tornar presente – a norma no tempo e lugar do homem comum, de resto seu especial destinatário.

3 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO: UM FENÔMENO COMUNICACIONAL

“No princípio era o Verbo.”

A Constituição utiliza-se propositadamente, em sua linguagem aberta e abrangente, de termos genéricos, de modo a possibilitar, em sua expressão sintética, os vetores de valores e princípios que lhe são pertinentes. A educação insere-se neste universo quando juridicizada nos arts. 6º, 205 e 208, especialmente. A educação como direito social, portanto de todos os submetidos à ordem constitucional, é também dever do Estado e da família. Essa característica, imprecisa e genérica, demonstra a peculiaridade do texto.

Mas, inegável, é antes de tudo texto.

Quando expresso, o Direito assume-se fenômeno. Positivado, juridicizado, objetiva primordialmente comunicar. Visto como fenômeno comunicacional, o Direito parte da palavra, inicia-se com a palavra. É a palavra o primeiro veículo visível do Direito. Antes, pois, de expressar valores, concretizar princípios, organizar o poder, a Constituição é texto, é conjunto de palavras ordenadas que objetiva a comunicação de mensagens.

O texto é conjunto de símbolos. O Direito é, pois, cultural, vez que os símbolos são artificialmente criados pelo homem. O direito é fenômeno de comunicação entre homens, como ressalta Paulo de Barros Carvalho:

11 Apud Bastos (1999, p. 61).

12 Apud Bastos (1999, p. 54).

13 Idem, ibidem, p. 54.

“O Direito, tomado como um grande facto comunicacional, é concepção relativamente recente, tendo em vista a perspectiva histórica, numa análise longitudinal da realidade. Situa-se, como não poderia deixar de ser, no marco da filosofia da linguagem, mas pressupõe interessante combinação entre o método analítico e o hermenêutico, fazendo avançar seu programa de estruturação de uma nova e instigante Teoria do Direito, que se ocupa das normas jurídicas enquanto *mensagens* produzidas pela autoridade competente e dirigidas aos integrantes da comunidade social. Tais *mensagens* vêm animadas pelo tom da juridicidade. Isto é são prescritivas de condutas, orientando o comportamento das pessoas de tal modo que se estabeleçam os valores presentes na consciência coletiva.” (sic)¹⁴

A lição de Paulo de Barros Carvalho toma o direito num aspecto particularíssimo: como forma de linguagem – por certo uma linguagem própria, especial, mas linguagem, e linguagem em texto, palavras, como identifica a abordagem de Gregório Robles:

“[...] o direito só é possível mediante palavras. Suprimidas as palavras, suprime-se automaticamente o direito. Algumas espécies animais formam comunidades organizadas que realizam regularmente determinados comportamentos; mas nem assim dizemos que têm uma ordem jurídica. O direito surge com o homem, como expressão de sua capacidade de configurar a vida em sociedade. Aparece em sociedade, é um fenômeno social. Mas sua essência consiste em palavras, sem as quais é nada. Retiremos as palavras do Código Civil: não sobra nada. Suprimamos as palavras da Constituição: não sobra nada.”¹⁵

Pode-se argumentar que os costumes não são escritos, mas constituem fonte de direito, ou que uma comunidade possa existir sem uma constituição escrita em texto. Contudo, mesmo assim, os valores traduzidos pelos costumes ou pela consciência coletiva de uma constituição *significam para o grupo social* e, como tal, podem e devem, em última instância, expressar esta linguagem em texto ou palavras. Somente porque e pelo que significam têm relevância, como ainda constata Gregório Robles:

“Retiremos as palavras do costume: o que resta dele? Um comportamento carente de significado, porque o que configura o costume não é o comportamento habitual de uma comunidade, mas o significado obrigatório de tal comportamento, e o significado só é possível mediante sua vinculação às palavras.”¹⁶

Embora o Direito expresse-se por palavras em um texto, não se olvide que “texto” não é apenas texto escrito, mas qualquer fenômeno possível de ser interpretado. Neste conceito amplo de texto, para Robles, destacam-se dois ramos do saber que o têm como objeto: a semiótica e a hermenêutica.

4 SEMIÓTICA E HERMENÊUTICA

Para Lúcia Santaella:

14 Prefácio a Robles (2005, p. IX).

15 Robles (2005, p. 18).

16 Idem, *ibidem*, p. 48.

“A semiótica é a ciência que tem por objeto de investigação todas as línguas possíveis, ou seja, que tem por objeto o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno de produção de significado e de sentido.”¹⁷

Para o ramo de estudo semiótico, a linguagem admite um sentido amplo para abarcar qualquer conjunto de símbolos – não necessariamente textuais ou verbais – que produzam um significado, a partir do signo (do grego *semeion*, daí “semiótica”).

Charles Sanders Peirce, um dos precursores dos estudos semióticos, dedica vários trechos de suas obras ao conceito de “signo”, ou algo que represente uma outra coisa. Um signo representa um objeto, mas não é este objeto. Também não é a única representação do objeto. Vários signos podem representar uma coisa, mas ainda assim não é a coisa representada, em nenhuma de suas representações. Lúcia Santaella destaca um dos conceitos de Peirce:

“Um signo intenta representar, em parte pelo menos, um objeto que é, portanto, num certo sentido a causa ou determinante do signo, mesmo se o signo representar seu objeto falsamente. Mas dizer que ele representa seu objeto implica que ele afete uma mente de tal modo que, de certa maneira, determine naquela mente algo que é mediamente devido ao objeto. Essa determinação da qual a causa imediata ou determinante é o signo, e da qual a causa mediata é o objeto, pode ser chamada o interpretante.”¹⁸

O componente importante do conceito de Peirce é a característica de o signo afetar a mente, para a partir daí apresentar um significado. Embora o signo possa representar um objeto, esta representação só pode significar – produzir sentido – quando exposta ao intérprete. Antes disso pode-se dizer que não altera o mundo das coisas: somente a partir do “encontro” do signo com o intérprete é que ele se torna interpretante e que poderá assumir um significado.

O Direito – texto e conjunto de signos – só faz sentido, ou somente admite significado, a partir do momento em que o intérprete traz ao mundo seu significado, na medida em que sensibiliza o intérprete. Antes disso, não se pode falar em significado, em norma, em Direito.

Enquanto a semiótica procurar concentrar-se no signo (uma ciência do signo), a hermenêutica é, ainda para Gregório Robles, uma ciência da compreensão. A síntese destes dois ramos de conhecimento confere a noção ampla de texto, não apenas escrito, mas referente a qualquer realidade passível de interpretação.

A hermenêutica, também não se confunde com a interpretação, antes é uma “teoria científica da arte de interpretar” segundo Carlos Maximiliano¹⁹.

Hermenêutica significa “interpretação” para os gregos e tem origem nos chamados textos herméticos.

17 Santaella (2004, p. 13).

18 Idem, *ibidem*, p. 58.

19 Apud Bastos (1999, p. 23).

“[...] um conjunto de escritos gregos dos séculos II e III d.C. atribuídos pela lenda a Hermes Trismegisto (‘três vezes grande’), que, segundo consta, foram escritos nos tempos bíblicos e profetizaram a vinda de Cristo. O estudo desses documentos procurava descobrir seus segredos crípticos, e o termo ‘hermenêutica’ passou a ser aplicado ao estudo das Escrituras com o intuito de revelar, por meio de minuciosa análise textual, seus significados obscuros, isto é a verdadeira intenção de Deus.

[...]

No século XX, o conceito foi mais ampliado ainda, de maneira mais significativa por Martin Heidegger e seu aluno Hans-George Gadamer, que interpretavam a tarefa da hermenêutica como característica fundamental da humanidade: vivemos e trabalhamos não com fatos abstratos ou com a ‘razão’, mas dentro de contextos distintos, e a linguagem em si é o meio pelo qual comunicamos (e entendemos) nosso ser essencial.”²⁰

Nesse contexto, a hermenêutica tem como objeto não apenas as regras aplicáveis à interpretação, mas também como este processo se instala e se expressa no intérprete, como compreende o signo e se expressa por ele e a partir dele.

Visto desta maneira, o texto da Constituição, como de resto o texto da norma, é, num aspecto, um conjunto de signos (letras, palavras) que, diante do intérprete, pode significar Direito ou “um” Direito. É a representação do Direito pela norma que o intérprete busca. Ler, apreender, compreender e interpretar o Direito como uma realidade humana.

Assim, mesmo na Constituição, signos são reunidos de modo especial para que um intérprete especial possa interpretá-los e torná-los acessíveis ao homem comum e constituir uma realidade jurídica.

Assim, quando o texto comunica que “educação” é “direito” de “todos” e “dever” do “Estado” e da “família”, destaca signos para a interpretação. Inegavelmente, está-se diante de um conjunto de signos, na forma de palavras, cuja primeira leitura se dá ao intérprete para compreender esta linguagem. “Educação” não traz nenhuma conotação, nenhuma qualificação. Para o intérprete, minimamente, é “direito” e “dever” – um direito de todos, sem exceções, sem restrições, sem condições –, mas, enquanto “dever”, estabelece o Estado e a família como seus agentes e responsáveis. A educação assume a conceituação dos objetivos por ela visados pela Constituição: desenvolver a pessoa, prepará-la para a cidadania e qualificá-la para o trabalho. Sem restrições, ou limitações: não só o cidadão dever ser educado, mas qualquer pessoa.

Ora, nenhum desses conceitos está no texto, expressos por signos, eles estão representados a partir da leitura e compreensão do intérprete. Não há, por exemplo, nenhuma distinção entre pessoa e cidadão. Quando os signos organizados constituem, no intérprete, concepções a partir da leitura do texto, “A Educação, direito de todos, [...] será promovida [...] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo

20 Rohmann (2000, p. 190).

para a cidadania”, estabelece uma relação entre textos e signos (“todos”, “pessoas”, “cidadãos”), a querer dizer que cidadania é uma condição que demanda preparação da pessoa. Todos podem e devem – e têm direito a – tornar-se “pessoa” e “cidadão” por intermédio do processo educacional. Todavia, estes signos somente apresentam este significado a partir da compreensão do intérprete. A ordem em que são colocados os signos, as expressões da linguagem, continuam inalteradas, estão como estavam. Feche-se o texto, e lá permanecerão. Leia-se novamente o texto, ou por outro intérprete ou novamente em outro momento histórico, e a mesma seqüência, os mesmos signos poderão representar outras realidades.

A linguagem normativa constitucional comunica-se ao intérprete, que, por sua vez, fará a intermediação entre o texto e os outros destinatários da mensagem, agora qualificada como mensagem interpretada pela autoridade competente, provida de coerção e de sanção.

5 O TEXTO DO DIREITO: CONSTITUTIVO E PRESCRITIVO

A Constituição é texto distinto de outros, como o literário, o histórico, e mesmo distinto de outros textos jurídicos, doutrinários, opinativos, não decisórios.

O texto jurídico, em sentido estrito, distingue-se dos demais textos por seu caráter instituidor e prescritivo, posto que tem o condão de criar instituições que comporão o chamado “ordenamento” jurídico, institucionalmente estruturado. Cria uma nova realidade. Além disso, prescreve condutas humanas para atendimento, manutenção e conservação desta realidade.

Distingue Gregório Robles:

“Os textos literários ou históricos não criam instituições, não têm caráter criador de realidades; limitam-se a descrever, a narrar, a contar [...]

Diferente é o direito considerado como texto. O texto jurídico *constitui* (no sentido de que cria ou gera) as instituições e, portanto, o ordenamento jurídico que é exatamente o conjunto institucional.” (*sic*)²¹

Além de criar instituições reais, o texto jurídico é prescritivo, ou melhor, sua linguagem é prescritiva, outro fator que a distingue das demais, como salienta Robles:

“Esta característica foi objeto de consideração dos lingüistas, que distinguem entre linguagem descritiva e prescritiva. A primeira diz como é a realidade que cerca o narrador. A segunda estabelece, ordena, prescreve que *seja* de uma determinada maneira. A linguagem prescritiva é a linguagem das ordens, das normas, das regras, dos imperativos, que têm como característica comum o fato de não estarem situadas diante da realidade para compreendê-la, mas sim para organizá-la e orientá-la numa determinada direção.”²²

21 Robles (2005, p. 55).

22 Idem, *ibidem*, p. 55.

O autor exemplifica, claramente:

“A diferença entre uma novela e um código é que a primeira nos narra ou conta como ocorreram as coisas (na realidade histórica ou na fantasia do autor) enquanto o segundo constitui ou cria instituições, organiza formas de vida social e exige comportamentos.”²³

Se o texto jurídico se distingue dos demais textos, também o texto constitucional se distingue dos demais textos jurídicos.

A privilegiada condição e posição da Constituição no ordenamento confere-lhe qualidades que se espraiam em seu texto e conferem-lhe primazia e referência em relação aos demais contextos normativos. A Constituição – como “estatuto jurídico do fenômeno político”, no dizer de J. J. Gomes Canotilho – tem supremacia sobre os demais textos normativos, dado seu caráter iniciante e fundante de uma ordem jurídica e que exerce, segundo Robles, sua finalidade precípua de constituir:

“Não é por acaso que o ato de criação de uma nova ordem jurídica se chama justamente *constituição*. A constituição de um ordenamento jurídico é a expressão verbal do esquema institucional básico que deve vigorar numa determinada sociedade; implica a criação de um ente organizador e que configure as relações sociais.”²⁴

6 O DISCURSO JURÍDICO CONSTITUTIVO DA REALIDADE

Como texto constitutivo da realidade, o Direito é discurso comunicativo de uma realidade querida, perseguida, pretendida. O direito existe por intermédio do discurso, que se expressa em momento próprio de ação: a interpretação e a aplicação da norma. Ao produzir a norma, o legislador opera também um discurso e dá corpo ao signo. O aplicador discursa a partir de sua interpretação, mas constitui a realidade a partir deste corpo de signos:

“Por isso, o direito – aquele que se chama hoje direito, ou seja, um ordenamento jurídico – não existe a não ser por meio do discurso. O direito tem uma existência, se assim se pode dizer, sempre *virtual* como a própria língua ou os discursos. Sua existência *empírica* depende de os sujeitos da comunidade continuarem a agir como se existisse um direito. O direito depende de eles o usarem e aplicarem da mesma forma que usam e aplicam uma língua na realização de discursos (Ricoeur, 1971).”²⁵

O direito constitucional é característico desta ação constitutiva da realidade que se processa por meio do discurso da norma – discurso que comunica referências e determinações da própria organização do poder. Organizam, como afirma Paul Ricoeur,

23 Idem, *ibidem*, p. 55.

24 Idem, *ibidem*, p. 55.

25 Lopes (2004, p. 29).

ações do poder: “Antes de ser um constrangimento, as normas organizam a ação, no sentido de que a configuram”.²⁶

7 O PODER DO DISCURSO JURÍDICO INTERPRETADO: A CONDUÇÃO DE CONDUTAS

O discurso jurídico assume nova característica quando interpretado: é a qualidade que se lhe empresta a autoridade do intérprete. O discurso do legislador expresso na norma transmuda-se quando interpretado pelo aplicador. Há uma nova formulação discursiva – um discurso de decisão. Decidir é agir no exercício de um poder. É, no dizer de Norberto Bobbio, “a possibilidade de impor a própria vontade a outrem”.

A norma só é norma, no seu sentido específico, se e quando interpretada. Quando o intérprete o faz no exercício de seu poder de autoridade, confere um novo qualificativo à norma: aplicada, rege as condutas humanas obrigatórias.

CONCLUSÕES

Neste, ainda que conciso, levantamento de questões relativas à linguagem constitucional e ao direito educacional, ressalta-se a importância da atividade do intérprete, uma vez que o discurso jurídico constitui a realidade e, no caso, a educação, como realidade constitucional.

As palavras ganham significativa importância, não apenas pelo sentido, mas também pela extraordinária qualidade de estarem inseridas no sistema normativo constitucional. A palavra na Constituição não é apenas *uma* palavra, também traduz uma mensagem em processo de comunicação. O conjunto de signos “educação” na Constituição é uma realidade querida, intencional, é direito e dever, é fundamento da organização do Estado, cujo objetivo é a formação integral da pessoa. O direito educacional repousa na concepção ampla, genérica e fundamental que se lhe empresta a linguagem constitucional. Não se trata apenas de um jogo de palavras, mas de uma realidade constituída pelas palavras.

A interpretação do signo, do significante, para a comunidade, faz muita diferença em face da força que lhe empresta a Carta de Organização Política do Poder Político.

O direito educacional deve assegurar a dignidade das atividades educacionais, sejam elas formais de ensino, sejam elas dirigidas à formação do cidadão e do trabalhador integralmente. A educação não é esmola, óbolo. É direito, é conquista, é compromisso com a mais ampla e geral formação da pessoa humana.

O Estado, assentado sobre os princípios contidos nas disposições constitucionais, que lhe desenham o modelo, que o estruturam, tem como um dos seus sustentáculos a educação, que não pode ser reduzida a relações limitadas de direito material infraconstitucional

²⁶ Apud LOPES, op. cit., p. 32.

A educação – e o Direito que lhe empresta voz e decisão – traduz um discurso constitucional de humanização do cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- HAYAKAWA, Samuel Ichiey. *A linguagem no pensamento e na ação*. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1972.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.
- MATURANA R., Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: UFMG, 2001.
- RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: Universidade de São Paulo/Fapesp, 2000.
- ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.
- ROHMANN, Chris. *O livro das idéias*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica?* São Paulo: Brasiliense, 2004.

A ESPECIFICIDADE DO TEXTO JURÍDICO

Robson do Boa Morte Garcez

Professor de Linguagem Jurídica, Direito Constitucional e da Cidadania e de Direito Administrativo na Faccamp, Professor da Pós-Graduação em Direito Agrofinanceiro do Centro Universitário de Maringá – Cesumar, Mestre em Comunicação e Letras (Discurso Jurídico) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Extensão Universitária, em São Paulo, Advogado Militante.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto: a ampliação do uso de termos jurídicos no meio social; 2 Elementos subjacentes: as noções de direito e de comunicação jurídica; 3 A especificidade do texto jurídico; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Tomando como pano de fundo o uso cada vez mais ampliado da terminologia do direito na sociedade, este artigo se propõe a revelar algumas facetas marcantes e até peculiares dos textos jurídicos. Estas, tomadas em análise, induzem à caracterização dessa modalidade discursiva, numa autêntica especificidade.

INTRODUÇÃO

“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”¹

Essas são as palavras iniciais de nosso atual Código Civil. A universalidade que essa norma jurídica expressa tem sua dimensão prática não só no exercício de direitos e deveres, mas também no uso de expressões da *linguagem jurídica* por, praticamente, todos os indivíduos, em qualquer segmento da sociedade. As noções de proibição e permissão nos são passadas desde a infância, e, ao longo de nossa existência, independentemente de recebermos formação especificamente jurídica, muitos conceitos normativos são por nós incorporados, afetando nossa linguagem.

1 CONTEXTO: A AMPLIAÇÃO DO USO DE TERMOS JURÍDICOS NO MEIO SOCIAL

A abertura democrática por que passou nosso País após 1984, culminando com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, permitiu sensível ampliação na possibilidade do gozo de direitos por todos nós.

Exemplo disto é o Título II da Lei Fundamental (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), em que se inserem os direitos e deveres individuais e coletivos. Nos

1 *Novo código civil brasileiro*, art. 1º.

setenta e oito incisos desse 5º artigo, são assegurados direitos de acentuada importância ao exercício da cidadania, como é o caso do inciso XXXII. Seu conteúdo é “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Dois anos após a promulgação da chamada Constituição Cidadã, em 11 de setembro de 1990, nascia o *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). Além de despertar a população para os seus direitos ligados às relações de consumo, esse instrumento legal teve o mérito de dotar a sociedade civil de uma série de termos e expressões de uso jurídico, na sua maioria. Alguns destes: *responsabilidade, direito à qualidade dos bens e serviços, danos morais; reparação e indenização por danos; recursos, onerosidade, cláusulas abusivas, responsabilidade objetiva, vícios*, entre outros. Tais termos, antes usados quase exclusivamente nas bancas advocatícias, nos tribunais e nas publicações especializadas, agora, mercê da nova Constituição e diretamente do surgimento da lei popularizada como *Código do Consumidor*, tomaram lugar na linguagem de grande parte da população. Deixaram de soar estranhos, em geral.

Paralelamente a essa expansão da busca dos direitos pessoais, temos a elevação do número de instituições que oferecem cursos de Direito, em tempos recentes. Isso demanda maior conhecimento dos aspectos sociolinguísticos afetos às ciências jurídicas, por um lado. O crescente interesse das pessoas por conhecerem melhor os seus direitos e de obterem o reconhecimento deles, de outro, dão ao conhecimento do discurso (texto) jurídico uma pertinência de visível atualidade. Mais do que nunca, a terminologia jurídica se espraia.

Diante da relevância acadêmica e social que a análise de algumas facetas dessa modalidade discursiva pode apresentar, é que se propõem as presentes considerações.

2 ELEMENTOS SUBJACENTES: AS NOÇÕES DE DIREITO E DE COMUNICAÇÃO JURÍDICA

À compreensão da especificidade do texto legal pela análise de alguns de seus termos, como este trabalho tenciona apontar, são tomadas como indispensáveis duas noções básicas, a saber.

2.1 Direito

Neste contexto, ao termo direito, temos um singelo conceito: é um conjunto de normas destinadas à regulamentação da vida em sociedade (*norma agendi*). Outra concepção é a do direito tomado como a faculdade que cada indivíduo tem de decidir sobre o que deseja para si (*facultas agendi*). Neste sentido, “Direito é o poder legítimo de fazer ou deixar de fazer alguma coisa”². Numa síntese disso, vem da Antiguidade a clássica definição de Justiniano: “os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não ofender a outrem e dar a cada um o que é seu”³.

2 CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*, p. 92.

3 JUSTINIANUS, Ceasar Flavius. *Instituições de Justiniano*. Curitiba: Tribunais do Brasil, p. 3. No original latino: “*Juris praecepta sunt haec: honestoe vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.

O direito e a Ciência Jurídica existem para a sociedade. Por isso, os povos antigos nos legaram o pensamento que relaciona esses dois fatores: “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade, aí está o direito). Por essa quase imanência do direito, fazendo-se sempre presente em nossa vida, revela-se necessário o estudo do discurso jurídico, como aqui, o que poderia favorecer o seu exercício consciente.

2.2 A Comunicação Jurídica

“O Direito é, por excelência, entre as que mais o sejam a ciência da palavra.”⁴

Os gêneros discursivos de nosso tempo têm sua base nos modelos adotados há séculos: *Deliberativo, Epidítico e Judiciário*. O primeiro, de caráter decisivo, destinava-se ao trato das questões sociais, pertinentes à *polis* como um todo, tais como recursos financeiros, questões bélicas, assuntos de segurança, legislação e outros. O *Epidítico*, por sua vez, encontrava lugar nos atos de elogios, apologias e mesmo para os atos de censura. O *Judiciário* tinha como objetivo a destruição dos argumentos de adversários, mediante combates às teses propostas, bem como recorrendo às leis e demais meios de prova, como testemunhos, pareceres etc.⁵

3 A ESPECIFICIDADE DO TEXTO JURÍDICO

O discurso jurídico é uma linguagem dotada de potenciais bastante distintos. Pela palavra jurídica, instituições são criadas, exercícios de poderes são legitimados, outros são delegados, obrigações são estabelecidas, e direitos são reconhecidos. O texto jurídico persuade, convence, mas também pode alienar.

Outros usos e feitos podem ser verificados nesse âmbito discursivo. A semiótica e a lingüística se prestam ao desbravamento desses campos, em perspectiva. Contudo, em qualquer caso, o gênero textual ora estudado – à luz das suas condições de produção – sempre terá como objetivo a normatização, o convencimento e, em grande parte dos casos, a persuasão do indivíduo a agir ou a deixar de fazê-lo. Por isso, acentua-se o valor da argumentação na prática comunicativa do direito.

A especificidade do discurso jurídico se torna verificável mediante a observação das facetas próprias desse campo textual, dando lugar à sua caracterização. Por isso, este trabalho se propõe a caracterizar o texto jurídico a partir de algumas feições verificadas na sua elaboração, as quais lhe conferem uma natureza peculiar.

3.1 Intencionalidade

A intencionalidade é a marca de todo o ato comunicativo. Como assinala Koch, “toda atividade de interpretação presente no cotidiano da linguagem fundamenta-se na suposição de que quem fala tem certas intenções, ao comunicar-se”⁶.

4 XAVIER. *Português no direito*, p. 1.

5 ARISTÓTELES. *Arte retórica*, Livro I, Cap. IV, Seção II; Cap. VI e Cap. X.

6 *Argumentação e linguagem*, p. 12.

Frisamos, neste passo, o ensino de Mosca, ao descrever o discurso persuasivo, que afirma neste serem mobilizados todos os recursos retóricos destinados à produção de *efeitos de sentido*, vale dizer, na busca de um determinado fim⁷.

Assim que, em uma petição inicial, a parte (autora) narra os fatos, descreve os detalhes e elenca os fundamentos jurídicos em que se ancora a sua pretensão perante o magistrado: a condenação da parte contrária (ré), que é o pedido da causa. Todo o texto da peça jurídica mencionada é estritamente intencional, sendo esta característica uma condição de admissibilidade da petição, conforme a legislação processual. Exemplificamos com o art. 282, III, do Código de Processo Civil: “A petição inicial indicará: os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido”. Esse comando legal se complementa pelo art. 295: “A petição inicial será indeferida: quando for inepta” (inciso I). Elucida o seu parágrafo único, inciso I: “Considera-se inepta a petição inicial quando: lhe faltar pedido ou causa de pedir”, bem como quando “da narração dos fatos não decorrer lógica conclusão”. Portanto, a produção textual desenvolvida na primeira das peças do processo, a petição inicial, tem nítida finalidade – demonstrada *a priori* até por sua nomenclatura –, confirmando sua marca de intencionalidade, ora apontada.

A sentença redigida pelo juiz deve apresentar aos litigantes a provisão de justiça do Estado, com base nos fatos e argumentos levados à sua análise pelos cidadãos. Por isso, a decisão judicial é logicamente articulada, por tencionar oferecer uma resposta à consulta que lhe foi submetida – pura atuação com propósito.

3.2 Argumentatividade

Porque todo ato comunicativo é intencional, verifica-se uma argumentatividade intrínseca à linguagem. Um dos caminhos para sua análise é a da contribuição teoria de Oswald Ducrot. Para esse lingüista, a argumentatividade decorreria do modo como o texto ou discurso foi estruturado. Assim, tomando-se determinado texto, pela análise de seus *operadores de discurso* ou *operadores argumentativos*, torna-se possível verificar a condição argumentativa presente⁸.

No exercício da linguagem jurídica, a argumentatividade é elemento natural, uma vez que o alvo do trabalho jurídico é a obtenção de decisões judiciais que atendam aos interesses das partes em conflito, visando à distribuição da justiça. A diversidade de interesses entre os que litigam num processo os leva a apresentar suas “verdades” ou motivos que sustentam seus pontos de vista sobre o que disputam em juízo. No mais das vezes, ambas as partes têm certa margem de razão, pelo que – numa visão simplificada, mas elucidativa – pode-se compreender os atos básicos de uma causa judicial pela estrutura dialética que Hegel nos legou. Nesse olhar, o autor do processo, ao ajuizá-lo, apresenta a *tese*. O réu, de sua vez, ao contestar o que lhe imputa a outra parte, leva a juízo a *antítese*. O juiz, colhendo os dados que aqueles lhe oferecem,

7 Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos. In: *Retóricas de ontem e de hoje*, p. 22.

8 Apud KOCH. *Argumentação e linguagem*, p. 3.

pondera fatos, legislação, argumentos, provas e jurisprudência⁹, dentro de sua experiência e – em livre convencimento – extrai a *síntese*, que é sua decisão ou sentença. Em qualquer destas atuações, a argumentação é meio de construção do texto.

Se, por um lado, numa demanda judicial, o magistrado decide a procedência ou improcedência dos pedidos a partir de seu *livre convencimento*, por outro, é mediante a argumentação (logicamente construída), isto é, a exposição dos motivos de seus pedidos, que as partes exercem seus papéis na disputa levada a juízo.

Atienza, analisando a teoria (ou teorias) da argumentação jurídica, indica os campos ou contextos jurídicos em que ocorrem tais construções, sempre vinculadas à textualidade: o primeiro é o da *produção ou estabelecimentos* de normas jurídicas. Problemas sociais são verificados, e para sua solução – mediante discussões por argumentos – são propostas medidas legislativas. O segundo é o da *aplicação* de normas jurídicas à solução de casos. Essa operação é mais estritamente realizada por juízes (nas questões mais difíceis, em que se impõe a necessidade da interpretação do Direito), mas também por órgãos administrativos, mais amplamente e, em casos mais raros, até por particulares. Esses dois últimos atuam, via de regra, quando se tem de conhecer e decidir sobre questões de fato. O terceiro é o da *dogmática jurídica*. Esse campo revela-se mais complexo, já que, como aponta o citado autor, a dogmática tem a função de “oferecer critérios para a aplicação do direito”. Ao ocupar-se de casos abstratos, o dogmático do Direito, no apontar caminhos a casos futuros, também se vale de fatos ou casos concretos para apoiar sua teoria. Tal construção é, por necessário, argumentativa¹⁰.

Praticamente, não há falar-se em defesa de direitos objetivamente tratados, ou mesmo em tese, sem uma necessária argumentação que dê suporte às pretensões de quem se ponha nessa atividade. Essa marca também caracteriza o texto jurídico.

3.3 Objetividade

Esta faceta é estritamente conexas à *intencionalidade*. Se naquela o que se tem em mira são os fins pretendidos pelos que se comunicam, nesta o discurso é marcado pela exclusão de palavras e expressões de feição subjetiva e informações genéricas.

O sempre atual Ronaldo Caldeira Xavier exprime essa característica:

“A redação das diversas peças de um processo obedece a uma sistemática até certo ponto pré-estabelecida, o que a faz convizinhar da redação notarial e oficial e, mais remotamente, da comercial. Mas uma regra deve, *in limine*, estabelecer-se: nos papéis que tramitam em juízo não se faz literatura. Em linguagem forense, insista-se, tudo deve ser escrito de modo objetivo, claro, em obediência à lógica e à precisão técnica, eliminando-se filigranas verbais,

9 O termo vem de *juris* (direito) e *prudencia* (sabedoria), porque, no direito romano, a jurisprudência era a orientação dada por juriconsultos destacados, a quem se chamava de *prudentes*. No Brasil, o sentido mais comum ao termo é o de ser o conjunto de decisões de um tribunal acerca de determinada matéria.

10 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros, p. 18 e ss.

rebuscamentos de estilo, *ambages*¹¹ e enredos tortuosos. Dos usos individuais que se possam fazer da língua (idioletos), sequer se cogita. Enfim, o texto jurídico visa a um só alvo: a comunicação imediata e direta.”¹²

Ensina Campestrini que, dentro da busca da objetividade, deve o operador do Direito evitar qualquer destaque gráfico (aspas, grifo, maiúsculas, negrito, sublinha) que não seja previsto pelas normas ortográficas da língua portuguesa. Essa proibição de que se faça destaque (ex.: alguns sempre destacam a palavra *justiça*) decorre de tal procedimento sugerir ao leitor que o autor quer atribuir àquele termo, além da simples denotação, um significado particular, o que acarreta interpretação subjetiva¹³.

Ressalvamos aqui o destaque que o enunciador criteriosamente dá a determinado termo, quer falando, quer escrevendo, por rigorosa necessidade comunicativa ou estilística. É que, em casos assim, prevalece o interesse da expressividade. Todavia, vale dizer que, na produção e no uso do texto jurídico, devem ser evitadas dispersões, digressões e qualquer prática que afetem a objetividade inerente aos objetivos do ato que se pratica, prevenindo a falta de objetividade.

Há exemplos dessa marca textual. O Código Penal não proíbe aos indivíduos a realização de determinadas condutas que o mesmo instrumento legal considera antijurídicas. Não diz “é proibido matar”, “não furtarás” ou “não corra, não mate, não morra”. Ao contrário, o Código Penal apenas descreve a chamada conduta típica do crime, a qual, uma vez realizada, sujeita o seu praticante às sanções previstas na legislação. Desse Código, um caso é o art. 121, que textualmente diz: “Matar alguém. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. O fragmento legal ora citado, por mera leitura, demonstra que a forma de produção desse texto normativo se realiza com objetividade e acentuada concisão.

3.4 Assertividade

O discurso jurídico também é dotado de acentuado grau de assertividade. Assertivo é tudo aquilo que afirma, faz declaração. Com efeito, tal assertividade se verifica mais especificamente naqueles textos judiciais em que a própria legislação estabelece sejam objetivos. É o caso das sentenças judiciais, em que o magistrado deve produzir a sentença com base no seu convencimento, e não por decisões alheias (como também ocorre nos julgamentos dos tribunais). Juízes e tribunais têm a autorização dada pelo Estado para exercerem *jurisdição* (dizer o direito).

A ato comunicativo dotado de assertividade fala o que precisa ser dito, no momento próprio e na forma adequada. A boa comunicação jurídica – vale dizer, o texto jurídico bem produzido – não se desvia disso. É assertiva.

11 *Ambages* (do latim *ambages*) significa rodeios, voltas evasivas.

12 Cf. *Português no direito*, p. 252.

13 *Como redigir ementas*, p. 18.

3.5 Performatividade

Performativos são os atos praticados por meio de um locutor que assume um compromisso ou pratica uma ação ao falar. Desse modo, encontramos o discurso jurídico em frases desse tipo: *eu prometo, eu ordeno, eu nomeio, eu emposso, eu declaro, eu batizo; eu absolvo e que tais* (geralmente, com verbos em 1ª pessoa). Também são denominados *verbos de elocução*, em vista de se concretizarem por atos de fala. Sobre estes, ensina Martins que tais implicam, no mais das ocorrências, alguma solenidade e *alguns deles requerem do locutor autoridade para praticar o ato*¹⁴. Um exemplo: o ato de declarar empossado alguém legalmente eleito ou nomeado para determinado cargo é ato de investidura e envolve o discurso de cunho jurídico e formal para sua execução: “Assim, declaramos que está legalmente empossada a Sra. Ana Monteiro no cargo a que foi legitimamente conduzida!”.

Já no dias do Imperador Justiniano I, que viveu de 482 a 565 de nossa era, verificava-se o uso dessa espécie de texto. Como consta das suas *Instituições*¹⁵, no seu Título XV – Da Obrigação Verbal –, “contraí-se uma obrigação verbal por pergunta e resposta, quando estipulamos que se nos dê ou faça alguma coisa”. Em seu contexto histórico, o texto do imperador amplia a noção: “Pouco importa se a estipulação seja em latim, em grego, ou em qualquer outra língua, contanto que seja compreendida por ambos os contratantes”¹⁶. Registra Justiniano que a palavra estipulação tem seu étimo em *stipulum* (que aos antigos queria dizer *firme*), termo provavelmente derivado de *stipes*, que significava *o tronco*. Por isso, hoje, por meio de associação, já se torna mais assimilável a nós – do multímido século XXI – o compreender a relevância dos atos verbais ou textos orais no âmbito das relações jurídicas, verificáveis desde aqueles dias iniciais do medievo.

Ainda hoje, nas convivências do cotidiano, dizemos que “sua palavra basta”, “fulano é uma pessoa de palavra”. Essas expressões, entre outras afins, revelam, no correr dos tempos e pela tradição oral, o reconhecimento da existência de um vínculo jurídico inerente a determinados atos verbais.

3.6 Especialidade vocabular

“Antes que as palavras jurídicas possam ser usadas com propriedade para as operações jurídicas, hão de ser esterilizadas em ácido semântico.”¹⁷ (Holmes, juiz norte-americano)

14 Cf. *Introdução à estilística*, p. 202-203. Entendemos que a exigência de que o enunciatário esteja devidamente autorizado à prática do ato performativo é requisito preliminar para que o ato venha a ser regular na sua realização, numa *conditio sine qua non* para que ingresse no ordenamento jurídico e alcance plena eficácia.

15 Publicada em 533, tal obra resultou do esforço de Justiniano para reformar o Estado, que, entre outros atos, o levou à composição desse manual de direito. Cf. *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, v. 14, p. 3388.

16 Obra citada, p. 173-175.

17 Apud STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*, p. 12.

No campo do direito, cada termo tem o seu valor. A linguagem jurídica deixa patente seu tecnicismo, o qual lhe atribui uma natureza peculiar. É o campo da terminologia. Vícios de linguagem como o preciosismo, arcaísmo e outros desvios textuais sobrecarregam a linguagem jurídica, dando lugar à ocorrência de ruídos que afetam a boa comunicação na seara forense. Por outro lado, o uso criterioso da terminologia jurídica, bem como o zelo na produção das peças jurídicas – demonstrado pela redação clara, precisa e objetiva – permitem a escrita de textos que atingem eficazmente os seus fins. De Jeremy Bentham nos vem o conselho: “Os vocábulos da lei hão de pesar-se como diamantes”¹⁸.

Os termos jurídicos têm sua acepção, de forma que, para a assimilação do sentido ou dos possíveis sentidos que há no texto em que aqueles se encontrem, faz-se indispensável à comunicação jurídica a sua compreensão. Analisados os tipos de vocabulário, encontram-se os termos jurídicos *unívocos* (mútuo/comodato), os termos *equivocos* (seqüestro/seqüestro) e, ainda, os termos *análogos* (rescisão/resilição), na classificação trazida por Damião e Henriques¹⁹, e Cretella Jr.²⁰

CONCLUSÃO

A proposta deste breve trabalho foi analisar algumas facetas próprias do discurso jurídico, as quais, pela sua forma de manifestação, fazem do texto judiciário uma modalidade bastante característica.

Pela natureza diversa que o discurso forense revela em relação aos demais ramos discursivos, entendemos ser possível declarar a especificidade deste gênero textual, de que este trabalho pretendeu cuidar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico do direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.
- ALVES, Ieda Maria (Org.). *A constituição da normalização terminológica no Brasil*. São Paulo: FFLHC/CITRAT, 1996. (Cadernos de terminologia, 1)
- ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Rio de Janeiro: Tecnoprint/Ediouro [s.d.]. (Coleção Universidade de Bolso)
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2000.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. *Linguagem forense: estilo e técnica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Expressão e Cultura, 2001.
- BRASIL. *Novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

18 Apud KASPARY, Adalberto J. *O verbo na linguagem: acepções e regimes*, p. 5.

19 *Curso de português jurídico*, p. 41 e ss.

20 *Introdução ao estudo do direito*, p. 13.

- CAMPESTRINI, Hildebrando. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CRETELLA JR., José. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. *Curso de português jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998.
- JUSTINIANUS, Ceasar Flavius. *Instituições de Justiniano*. Curitiba: Tribunais do Brasil, 1979.
- KASPARY, Adalberto J. *O verbo na linguagem: acepções e regimes*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1990.
- KOCH, Ingedore G. V. *Argumentação e linguagem*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1996.
- MARTINS, Nilce Sant'Anna. *Introdução à estilística – a expressividade na língua portuguesa*. 3. ed. rev. e aumen. São Paulo: T.A. Queiroz, 2000.
- MOSCA, Lineide do Lago Salvador (Org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. São Paulo: Humanitas/FFLCH-USP, 1997.
- PETRI, Maria José Constantino. *Argumentação lingüística e discurso jurídico*. São Paulo: Selinunte, 1994.
- STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.
- XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Português no direito*. 8. ed. rev. e aumen. Rio de Janeiro: Forense, 1990.



UMA TENTATIVA DE REFLEXÃO – JURÍDICA E EXTRA-JURÍDICA – SOBRE A ARBITRAGEM

Renata Helena Paganotto Moura

Mestre em Direito pela PUC/SP, Professora dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil da Consultime/ES e da Amages, Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da PUC/SP, Professora de Direito Civil e Processual Civil da Faccamp, Professora de Processo Civil da Unib.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Arbitragem como equivalente jurisdicional; 2 A formação do processo arbitral e alguns aspectos polêmicos; 2.1 A convenção arbitral e o princípio do juiz natural; 2.2 A arbitragem e a inafastabilidade do controle jurisdicional; 2.3 A autonomia da vontade na arbitragem; 2.4 A sentença arbitral e seus efeitos; 2.5 Os meios de impugnação à decisão arbitral; 2.5.1 Ação de nulidade de ato jurídico; 3 Algumas reflexões para além de jurídicas sobre a arbitragem; 4 A arbitragem e a simbologia do Poder Judiciário; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O objetivo que me leva a escrever sobre este tema, além, primeiramente, do meu grande interesse sobre o assunto, é uma certa preocupação com algumas freqüentes dúvidas que assisto nas pessoas sobre a arbitragem e uma resistência, em outras, que se aproxima muito de um preconceito com essa forma de solução de conflitos.

Essa preocupação me levou a abordar o tema por meio de uma reflexão, que, com relação ao aspecto processual, pretende suscitar alguns aspectos polêmicos desse meio de solução de conflito; com relação ao aspecto filosófico, pretende suscitar algumas reflexões que talvez expliquem um pouco dessa resistência em aceitar de forma mais tranqüila a arbitragem na solução de conflitos, e, por último, também algumas observações e comentários sobre algumas manifestações da arbitragem.

O título tenta demonstrar essas preocupações e também chamar à leitura aqueles interessados numa abordagem não simplesmente explicativa e dogmática do instituto (até porque, nesse aspecto, pouco teríamos a contribuir), mas também trazer algumas idéias que giram em torno do assunto e que, na maioria das vezes, acabam sendo deixadas de lado.

1 ARBITRAGEM COMO EQUIVALENTE JURISDICIONAL

O termo equivalente jurisdicional com que sempre é designada a arbitragem pode também ser utilizado aqui para demonstrar não a sua equivalência no sentido de paralelismo, mas principalmente a sua equivalência no sentido de finalidade.

Aliás, é dessa conotação que Carnelutti, a quem é reconhecido o emprego dessa expressão, utiliza-se para designar o compromisso (arbitragem), a transação, a conciliação e o reconhecimento da sentença estrangeira¹.

Equivalentes jurisdicionais seriam somados, então, aos meios alternativos de solução de litígios, outra expressão freqüentemente utilizada para designar a busca por outras formas, não judiciais, de solução das controvérsias. Nestas, resultaria como elemento primordial a autonomia da vontade, por meio da iniciativa das partes envolvidas num conflito para resolvê-lo, por meio de concessões mútuas (transação e conciliação), ou pela escolha de uma terceira pessoa, que tenha dessas a confiança para dar uma solução àquele litígio.

Já se poderia observar inicialmente que as partes no processo arbitral não se encontram na mesma condição que no processo judicial, “as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de colaboradores necessários; cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justa solução da lide”².

2 A FORMAÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL E ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS

A formação do processo arbitral pode ocorrer de duas maneiras: pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral (art. 3º, Lei nº 9.307/1996).

A cláusula compromissória é a convenção em que as partes estabelecem num contrato o compromisso de submeterem à arbitragem os litígios que venham a surgir daquele pacto (art. 4º). Nesse sentido, a cláusula compromissória antecederia o conflito.

Já o compromisso arbitral seria a convenção estabelecida pelas partes de um litígio a resolvê-lo por meio de um árbitro escolhido por essas (art. 9º). Nesse sentido, o compromisso arbitral não precederia ao conflito.

2.1 A convenção arbitral e o princípio do juiz natural

Poder-se-ia, então, questionar, nesse sentido, se a arbitragem feriria o princípio do juiz natural. Um dos aspectos em que se identifica esse princípio é o da preexistência do órgão julgador antes do conflito. Assim, seriam tribunais de exceção aqueles escolhidos após o conflito³.

1 “A mais superficial observação revela que existem outros meios para alcançar o que até agora vínhamos considerando como finalidade característica do processo jurisdicional.” CARNELUTTI. *Sistema de direito processual civil*, 2000. p. 253.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 1988. p. 25.

3 “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a já existência do tribunal.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 1997. p. 61. “Interessa que a Carta Magna, com as dificuldades naturais para sua modificação, garanta a existência permanente de um poder estatal preestabelecido que tenha a exclusividade da jurisdição”. PORTANOVA, Ruy. *Princípios do processo civil*, 2001. p. 66.

No caso da arbitragem, a escolha do árbitro, por meio da convenção arbitral, poderia parecer, num primeiro momento, violação ao princípio do juiz natural. Mas, se pensarmos a arbitragem sob o aspecto da autonomia da vontade das partes, podemos concluir que a escolha dos árbitros pelas partes retiraria o caráter violador àquele princípio, pois o que se pretende proteger com aquele princípio é a imposição arbitrária de um julgamento a uma pessoa.

2.2 A arbitragem e a inafastabilidade do controle jurisdicional

Outro aspecto que muito se questionou e ainda se questiona com relação à formação da arbitragem é se esta violaria a garantia da inafastabilidade da jurisdição, estabelecida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Talvez um dos assuntos mais discutidos na arbitragem, a sua inconstitucionalidade frente a esse princípio, seja o maior responsável pelos posicionamentos divergentes diante da recente lei.

Posicionar-se pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da arbitragem, no fundo, representa o sentido e o significado que se dá a esse inciso: “Não se afastará do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pode-se dizer, com aqueles que não vêem inconstitucionalidade na lei, que a garantia constitucional prevê não a garantia da tutela judicial, mas sim a garantia de uma tutela jurisdicional.

Assim a arbitragem não estaria ferindo àquela garantia, pois há uma tutela jurisdicional, no sentido de garantia de julgamento, apenas não há uma tutela judicial.

É claro que quem entende que a garantia constitucional liga-se a uma garantia de julgamento pelo Poder Judiciário ainda continuará creditando à arbitragem um caráter inconstitucional.

Mas essa tese parece ficar cada vez mais distante da aceitação da tese da jurisdicionalidade da arbitragem⁴, que encontra numa nova figura de Estado e, principalmente, na impossibilidade de solução de todos os conflitos pelo Judiciário a sua melhor justificação.

2.3 A autonomia da vontade na arbitragem

Mesmo que não se queira definir a arbitragem como um contrato, para não reduzir seu aspecto jurisdicional, é inegável a presença de seus elementos nesse compromisso.

4 Para isso, são importantes as palavras de Carlos Alberto Carmona: “Certamente surgirão críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita” (*Arbitragem e processo*, p. 38).

Se autonomia da vontade pode ser definida como o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos⁵, fica evidente o caráter contratual, mais especificamente, de negócio jurídico da arbitragem⁶.

Com isso, não se quer reduzir a importância da arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias, mas a afirmação de sua natureza contratual não ilide o seu caráter jurisdicional.

Talvez essa preocupação ocupe a mente daqueles que, com uma visão muito publicista e tutelar do direito, não enxerguem a autonomia da vontade e o caráter regulador do direito na esfera privada dos indivíduos.

Acompanhamos a redução do papel do Estado nas relações privadas. É claro que esse fenômeno não acontece isoladamente, mas, num país em que a modernidade chegou com atraso, é comum falar-se ao mesmo tempo numa ingerência estatal nos atos privados (CDC, locação, etc.) e, por outro lado, num reconhecimento de nosso poder de criar obrigações e regularmos nossa vida.

A arbitragem viria, então, como um elemento desse segundo aspecto; a autonomia privada serviria aqui para regular não somente atos contratuais, mas também para determinar a forma como se quer que sejam resolvidos os conflitos privados.

Elementos da autonomia privada na arbitragem seria a escolha do árbitro, a “lei” a ser aplicada no julgamento, o julgamento por equidade, o prazo para julgamento.

Da mesma forma como vão se construindo microssistemas para regular aspectos de nossa vida (consumidor, ambiental, locação), descaracterizando, assim, o conceito de lei num primeiro momento, também pode-se falar numa descodificação, ou seja, num segundo momento, podemos falar de um ordenamento jurídico que não mais é preenchido apenas por normas (incluindo aqui leis, costumes, princípios), mas também pela regulação privada das pessoas num conflito.

2.4 A sentença arbitral e seus efeitos

Lê-se no art. 31 da Lei nº 9.307 que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Mais uma vez deixa claro o legislador o aspecto jurisdicional da arbitragem, aqui o traduzindo na fórmula da eficácia de sua decisão, munindo-o com a mesma eficácia da sentença judicial do processo de conhecimento. Ou seja, pretende-se

5 AMARAL. *Direito civil*. Introdução, 2000. p. 337.

6 “A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. [...] Prestigiu-se em grau máximo e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei.” CARMONA, p. 27.

resolver o conflito decidindo-o e tornando-se imutável essa decisão, tal qual a sentença judicial.

O processo de execução da sentença arbitral é um processo judicial, já que a lei deixa claro que a sentença arbitral é um título executivo, e o Código de Processo Civil, no art. 584, também o faz definindo-a como um título judicial.

2.5 Os meios de impugnação à decisão arbitral

Talvez seja esse um dos aspectos da arbitragem que mais suscite discussão, ou, ainda, que cause, entre aqueles que permanecem criticando essa forma alternativa de solução de litígio, maior receio.

É que, quando se fala em arbitragem como um equivalente jurisdicional, como um meio alternativo de solução de conflitos, questiona-se sempre sobre a eficácia dessa decisão arbitral e mais ainda sobre a possibilidade de impugnação a essa decisão.

Inquieta muito dizer que a sentença arbitral tem a mesma eficácia que a sentença judicial e mais ainda dizer que essa sentença não é passível de recurso no Poder Judiciário.

É interessante notar, inclusive, o paradoxo que essa situação nos mostra: de um lado, convencionou-se livremente a arbitragem como forma de solução de litígio, escolhe-se o árbitro, escolhe-se a “lei” aplicada ao julgamento, e, por outro lado, teme-se pela impossibilidade de recurso.

Talvez a explicação para isso seja até cultural. Não confiamos em nossas instituições, e por isso só nos sentimos seguros com a possibilidade de recursos de suas decisões. Mas nesse caso é curioso que a sociedade que não confia naquelas instituições parece que também não confia em si própria, afinal também se sente insegura, caso não possa recorrer de uma decisão para o qual estabeleceu tudo, desde o juiz até a lei.

A Lei nº 9.307 faz referência somente a duas formas de impugnação: a ação de nulidade proposta no judiciário (art. 33) e os embargos de declaração (art. 30).

A matéria dos embargos de declaração, que não recebe esse nome pela lei, está descrita em dois incisos; o primeiro diz respeito aos erros materiais da sentença, que, no processo civil, podem ser realizados de ofício pelo juiz, independentemente de embargos (art. 463, CPC), e o segundo diz respeito à obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral (como no CPC, nos embargos).

A matéria de nulidade é especificada em oito incisos no art. 32, mas, em todos eles, não acarretará uma nova decisão pelo Poder Judiciário, ou será declarada nula a sentença, ou será determinado que o árbitro profira outra.

Essas são resumidamente as hipóteses legais de impugnação à arbitragem.

2.5.1 Ação de nulidade de ato jurídico

Além das duas hipóteses descritas especificadamente na Lei nº 9.307, também podemos pensar na ação de nulidade de ato jurídico.

Sendo a sentença arbitral um ato jurídico e não estando sujeita ao procedimento recursal do Código de Processo Civil, também deve preencher os requisitos de validade do ato jurídico. Agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Os dois últimos aspetos do ato jurídico não comportam muitos comentários, mas com relação ao primeiro, podemos fazer algumas considerações.

Agente capaz não é uma relação somente quanto à capacidade, mas também quanto à manifestação livre da vontade. Não pode ser chamado de agente capaz aquele que realiza o ato, coagido, ou por dolo, ou mesmo por erro. O defeito no negócio jurídico também lhe retira a manifestação livre de vontade, que é um dos elementos para a formação do agente capaz de negociar.

Feita essa consideração, podemos dizer que a ação de nulidade do ato jurídico também será um meio de impugnação àquela decisão arbitral quando emanada de erro, dolo ou coação

3 ALGUMAS REFLEXÕES PARA ALÉM DE JURÍDICAS SOBRE A ARBITRAGEM

A arbitragem toca em vários aspectos sedimentados de nossa cultura jurídica. A figura do árbitro, e não mais do juiz togado, membro do Poder Judiciário, a escolha da “lei” que julgará o caso, a possibilidade de julgá-lo por equidade, a determinação do prazo para sua sentença, a escolha desses juizes pelas próprias partes, remunerando-o pessoalmente, e a não-intervenção do Poder Judiciário, seja para homologação de suas sentenças, seja pela não-possibilidade de recurso dessas decisões.

Todos esses aspectos sucintamente enumerados representam fonte inesgotável de discussão.

A possibilidade de esse juiz não ser mais um membro do Poder Judiciário e, mais ainda, de ser escolhido pelas partes é um dos primeiros aspectos visíveis dessa nova estrutura de julgamentos de conflito na sociedade.

A escolha do “direito” aplicado naquele julgamento e também a possibilidade de o árbitro julgar por equidade modificam a idéia que poderíamos ainda ter sobre a lei. Afinal essa, e aqui no caso da arbitragem isso fica muito claro, deixa de ser aquela norma geral e abstrata para assumir um caráter individual e concreto, pois pode-se até escolher por que norma ser julgado.

Veja-se que a figura de um juiz escolhido pelas partes e a da eleição das regras que serão aplicadas no julgamento (§ 1º, art. 2º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”) já são por si só suficientes para desmornar com alguns alicerces do edifício jurídico.

Será que uma decisão acertada só pode ser proferida exclusivamente por um integrante do Poder Judiciário? Será que somente a lei é capaz de conduzir com a sua aplicação à Justiça?

Gostaria muito de ver essa pergunta respondida por um auditório que não fosse composto unicamente por estudantes de Direito e membros da classe jurídica, porque, quando faço essas mesmas perguntas nas minhas salas de aula, enquanto professora, geralmente as respostas assumem um tom de defesa da classe, e logo em contrapartida me perguntam: “professora, como uma pessoa que não é formada em direito vai poder julgar?”, ou, então, “como uma pessoa que não conhece as leis pode proferir uma decisão certa?”.

Vejam vocês que essas perguntas refletem alguns pré-conceitos, o primeiro deles, o de que somente o curso de Direito pode revelar o mistério que transforma qualquer pessoa num grande julgador, e o segundo, o de que a lei e a sua aplicação são suficientes para fazer Justiça. Quem disse que a justiça legal ou de acordo com a lei é necessariamente boa justiça?

Cansamos de repetir algumas críticas a essa estrutura jurídica, ora criticando os próprios juízes, ora criticando as leis, mas quando nos surge a oportunidade de escolhermos o juiz que julgará o nosso conflito ou, então, de escolhermos a lei que queremos ver aplicada naquela situação concreta, não gostamos!

Parecemos aquele adolescente que insiste em ter reconhecida sua independência, e aí quando os pais o tratam como tal, ele reclama por que acham que ele é adulto.

Nós poderíamos dizer que essa visão da lei, como uma norma geral e abstrata emanada exclusivamente do poder legislativo, por meio do legislador, esse grande homem para Rousseau que teria a capacidade de desvendar os anseios da sociedade e normatizá-los, parte, assim também como a idéia do Poder Judiciário como o único legitimado a solucionar os conflitos de interesses, do pressuposto de que o Estado ocupa uma posição central e de controle da sociedade. Mas, a partir do momento em que essa referência é superada, surge a necessidade de redescrevermos o lugar dos tribunais, o lugar do legislativo e também o lugar dos juízes em nossa sociedade contemporânea, ou, como alguns gostam, pós-moderna.

Se o Estado tem o papel diminuído, e todos podemos sentir isso no fenômeno, somente para ser rápida, da globalização, talvez possamos com isso explicar porque esses poderes também têm a sua função reduzida.

Já não se pode mais, então, falar em monopólio da prestação jurisdicional.

Agora, tentando explicar com uma visão a partir da sociedade, talvez esta já não credite mais ao Judiciário a solução de todos os seus conflitos e resolve, então, estabelecer a terceiras pessoas, por essas escolhidas, a decisão sobre as suas lides.

Mais ainda, resolve fazer isso de forma paralela ao Poder Judiciário, transferindo a essa decisão o caráter de inalterabilidade, como o são as sentenças judiciais.

É por isso, então, que o art. 31 da Lei nº 9.307 (que regula a arbitragem) irá dizer: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Vejam, então, que a sentença arbitral se equivale à sentença judicial e, como aquela, quando condenatória, é um título executivo.

Isso quer dizer que a sentença arbitral não difere da sentença judicial e se se constitui em um título executivo é porque aquela decisão sobre o direito já se tornou inalterável.

Aí é que se encontra um dos seus principais pontos de diferença da arbitragem anterior, porque, é bom que se diga, a arbitragem não é nova em nosso sistema, pelo contrário, inclusive vinha descrita no Código Civil de 1912, mas o que lhe altera substancialmente é a não-necessidade de homologação judicial. Porque, antes da Lei nº 9.307, era necessário, caso fosse realizada a arbitragem, que ao final fosse levada ao Judiciário para sua homologação, hoje, sem essa necessidade, a sentença, então, assume o mesmo valor daquela.

É comum, quando se fala sobre esse assunto, percebermos a vontade de se manifestar a seguinte pergunta: mas o que me obriga, então, a cumprir a decisão arbitral?

Ora, poderíamos, então, responder com outra pergunta: mas o que obriga o cumprimento da decisão judicial?

Talvez se deva tentar responder por meio dessa pergunta.

As decisões judiciais são cumpridas, ou devam ser cumpridas, primeiro porque assim estabelece a lei e segundo porque essa age, inclusive contra a vontade da parte, forçando-a ao cumprimento.

Se pudéssemos explicar essa pergunta, que inicialmente pode parecer fácil, mas que guarda profundas análises políticas, que aqui as farei diante da minha limitação de conhecimento e tempo, por meio daquelas idéias contratualistas do século XVIII, poderíamos dizer que a sociedade, ao estabelecer o pacto social, o famoso contrato social, aceita transferir uma parte de sua liberdade a essa figura “Estado” e assim o mune de poder para assumir o controle da sociedade, colocando-se, inclusive, acima desse. Fica até mais compreensível dizer agora que todo poder emana do povo, pois emana não só para eleger seus representantes, mas também para criar o próprio Estado.

Bom, se, naquele momento, e ainda continuo tentando divagar acerca da explicação àquela minha pergunta, porque devemos nos submeter às decisões judiciais e também às decisões arbitrais, foi interessante ter o Estado assumindo o controle de todas essas atividades, executiva, legislativa e judiciária, talvez já não seja mais nesse momento. Aquele mesmo homem que realizou o pacto social transferindo uma parte da sua liberdade ao Estado, para que esse fizesse as leis que lhe seriam aplicadas e também julgasse os seus conflitos, resolve agora transferir a um terceiro, por ele escolhido, diante de uma situação concreta, o poder de julgar. Então, eu também responderia: devemos nos submeter às decisões arbitrais, da mesma forma que as judiciais por causa da lei.

Vejam que o que é mais interessante nisso tudo é que, quando se coloca o assunto arbitragem dizendo que podemos escolher um árbitro para julgar nossos

conflitos e que a decisão desse é inalterável, não podendo sequer ir ao Judiciário, as pessoas se assustam, tem reações de não concordar, não aceitar; é, então, curioso perceber que essa mesma sociedade que tanto desconfia do Estado parece que desconfia mais dela mesma!

4 A ARBITRAGEM E A SIMBOLOGIA DO PODER JUDICIÁRIO

Contudo, o mais desconcertante em toda essa história é a forma como vemos a arbitragem ser apresentada.

O nosso legislador, como dissemos acima, deve ter pensado em dar um caráter negocial a esse ato, e, por favor, me entendam, não transformando a justiça num negócio, mas transferindo a essas pessoas a decisão sobre a forma de solução de seus conflitos.

Mas é curioso vermos que a arbitragem tem sido apresentada com a mesma roupagem do Poder Judiciário. Os mesmos símbolos, como se somente aquela simbologia pudesse inspirar confiança, pudesse se fazer entender.

Talvez aqui esteja o principal sentido dessa imitação, ao usar os mesmos símbolos, a comunicação se torna mais fácil ou pelo menos mais direta.

Mas será que foi efetivamente isso que pretendeu o nosso legislador?

Essa apresentação da arbitragem por meio do Poder Judiciário efetivamente preocupa. Preocupa porque, primeiro, isso foge à pretensão de nosso legislador; com certeza não se quis criar um “poder judiciário” paralelo e nem duas “justiças”. Segundo, porque a forma como a arbitragem aparece tem embaralhado a cabeça de muitas pessoas.

Distribuem-se folhetos convocando todos a poderem ser juízes (afinal deve-se perguntar como alguém é juiz na nossa sociedade), a fazerem inscrição no curso que formarão todos juízes (e agora outros perguntarão: não precisa mais fazer Direito?), e ressaltando a possibilidade de se ter mais uma fonte de renda (agora ser juiz virou um bico!).

Imagino como tudo isso deve estar confundindo a cabeça de muitos. Temos presenciado muitas dúvidas em nossas palestras e aulas sobre o assunto. A forma como se têm vendido fácil algumas imagens perturba.

A da celeridade é um exemplo. Adere-se à arbitragem o discurso de que se for no Poder Judiciário vai demorar muito. Mas a arbitragem veio para resolver o problema da celeridade no Judiciário? Decididamente não.

Ninguém está e nunca esteve esperando que a arbitragem irá diminuir o número de causas no Poder Judiciário. O espaço que ela pretendeu ocupar não foi necessariamente esse; pode até ser que ela represente um julgamento mais rápido do que aquele, mas não para desafogar aquele, mas sim porque a sua estrutura é mais informal.

Vejam, não se está querendo fazer uma crítica a arbitragem, mas a essa estrutura importada.

Se se quer criar um novo espaço na nossa sociedade para essa outra possibilidade de solução de conflitos, então que se crie um próprio. Busque-se construir no imaginário social essa alternativa à solução de alguns conflitos de interesse, mas que se construa com um projeto próprio, para que esse novo edifício seja fundado sem os vícios e as imperfeições daquele. Pois, pelo que se está percebendo, está se transferindo não só toda essa simbologia estrutural, mas até alguns defeitos congênicos.

Dias desses, fui consultada por uma pessoa próxima sobre o que era um juiz arbitral; ao explicar, ela me contou a cena em que tinha sido protagonista. Ao multar um carro (ela é policial) por estacionamento indevido, o dono apareceu no exato momento bradando em alto tom: “você sabe com quem está falando? [...] eu sou juiz arbitral!” (só podemos, então, dizer: mas até isso! Daqui a pouco vamos ter até carteira!).

Aí está também um dos símbolos utilizados: a carteira de juiz!

Os árbitros também têm uma carteira de juiz arbitral. Para que, eu gostaria de saber. Para provar as partes que eles são juizes arbitrais? Mas se são as próprias partes que os escolhem, decididamente não se precisaria disso.

Talvez a explicação não se faça por esse caminho, mas por um outro.

Num país em que ser amigo do rei ainda vale muito, todos querem pertencer ao poder, ou pelo menos estar próximos a ele. Poder ser diferente, quando todos são iguais, é uma demonstração de força⁷.

Aí se quer ter a carteira, o adesivo no carro, ser chamado de doutor (ainda tem isso, os árbitros também querem ser chamados de doutor, foi assim que esses dias recebi um cartão de um deles), entrada garantida, acesso aonde nem todos podem!

É para isso que serve o poder: para diminuir a distância entre o desejável e o possível.

O poder também se consegue através dessas “aparências” (num país de esfarrapados, quem usa roupa também é rei).

Digo isso mais uma vez, não criticando o instituto da arbitragem, pelo contrário, acho necessárias todas as iniciativas de criação de câmaras e tribunais arbitrais, sou, inclusive, conselheira jurídica de uma delas, mas a arbitragem deve procurar construir o seu próprio espaço na nossa sociedade.

Não se sabe muito bem, ainda, o que é arbitragem.

Há ainda todo um problema cultural; não estamos habituados à arbitragem, como já estão vários países da Europa e os próprios Estados Unidos. Isso, claro, também não é um problema só nosso.

Mas reproduzindo a estrutura estatal, utilizando-se dos mesmos símbolos, talvez o que se consiga construir não seja algo satisfatório, é como se já se começasse com uma estrutura desgastada, num edifício velho cheirando a mofo.

⁷ Não se pode deixar de ler o artigo Pasárgada, de Luís Fernando Veríssimo, uma obra-prima, em que ele conta por que todos nós queremos estar atrás do balcão, em vez de estar esperando para ser atendido.

A arbitragem deve construir seu próprio espaço em nossa sociedade, é isso que todos nós esperamos, e talvez só assim ela consiga até reduzir o número de causas no Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Nada mais injusto do que um sistema que não possibilita a todos os meios necessários para a solução de seus litígios e o conhecimento desses meios, a forma de utilizá-los, o acesso simples e rápido. O nosso Judiciário está longe de ser um sistema acessível dessa forma. Mas ficará sempre mais distante se monopolizar para si todo meio de solução de litígio.

A arbitragem não surge como um meio que vem enfrentar o problema da dificuldade do acesso ao judiciário, mas como um meio que vem ser uma escolha frente ao que antes quase poderíamos afirmar ser um monopólio da prestação da jurisdição. Assim, surge como o principal meio de solução alternativa ao Judiciário para solução do conflito.

Mas, para que se consolide de maneira séria e legítima, é necessária a percepção de todos de sua real função, para que, assim, possa sempre ser utilizado de maneira correta e justa entre as partes em conflito, pois só assim se construirá culturalmente o ambiente necessário para seu maior alcance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PORTANOVA, Ruy. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL – CIDADES SUSTENTÁVEIS – DIREITO À SEGURANÇA

Priscila Arnoni Sá

Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES – Santos, Professora da Disciplina de Prática Processual Trabalhista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista, Professora da Disciplina de Direito Aduaneiro do Curso de Administração de Empresas com Ênfase em Comércio Exterior da Faculdade Campo Limpo Paulista, Professora da Disciplina de Gestão em Comércio Exterior do Curso de Administração de Empresas da Faculdade Campo Limpo Paulista, Professora de Direito Civil, de Direito do Consumidor e de Direito Previdenciário do Curso de Direito da Faculdade Centro Universitário Ibero-Americano, Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade Taboão da Serra.

Marcus Roberto da Silva

Mestrando em Direito do Consumidor pela UNIMES – Santos, Especialista em Direito Penal pela FMU/SP, Professor do Curso de Administração de Empresas UNOPEC, Especialista nas Matérias de Contratos Securitários, Direito Material e Processual Civil, pela UNIMES – Santos, Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; I – Definição de direito e segurança; II – O direito à segurança dentro da órbita constitucional; III – Desenvolvimento sustentável das cidades; IV – Estatuto da cidade; V – Segurança pública e o poder de polícia urbanística; VI – Violência e criminalidade no Brasil; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo apresentar o direito à segurança pública das cidades sustentáveis em face do meio ambiente artificial e a importância do plano diretor dos municípios.

PALAVRAS-CHAVE: Plano diretor; Estatuto da Cidade; cidades sustentáveis; Direito; segurança; segurança pública; violência; criminalidade; desenvolvimento sustentável, Administração Pública; urbanização; poder de polícia.

ABSTRACT: This article has for objective to present the right the public security of the sustainable cities in face of the artificial environment and the importance of the managing plan of the cities.

KEYWORDS: Managing plan; Statute of the City; sustainable cities; right; security; public security; violence; crime; sustainable development, Public Administration; urbanization; to be able of policy.

INTRODUÇÃO

O Homem, ao tentar domar a Natureza, busca modificá-la para que ela atenda melhor aos seus propósitos e ao conforto humano. Criador e criatura atuam em simbiose.

O homem constrói a cidade que vai contextualizá-lo e influenciá-lo, numa flexibilização do espaço modificado.

A recente promulgação da Lei nº 10.257, de 10.07.2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e instituiu o Estatuto da Cidade, induz à reflexão sobre o espaço urbano.

O homem aprisiona um espaço, apossa-se dele, tenta recriá-lo à sua imagem e semelhança, porém termina arriscando-se, por sua ganância de poder, a sucumbir na teia que ele teceu.

Modifica o ambiente natural para que o mesmo atenda às suas necessidades básicas, mas as alterações que processa terminam voltando-se contra o criador: instala-se o caos urbano, e o homem fica enredado nele, sufocado pela poluição que deu origem e excluído pelo planejamento urbano elitista.

Em termos ambientais, os espaços urbanos são dependentes de recursos naturais e energias externas, pressionados para adoção de um modelo de auto-sustentabilidade de difícil consecução na prática.

Mais difícil que a sustentabilidade é o respeito ao pluralismo social. As cidades não são projetadas, suas soluções terminam sendo tomadas no improviso, e o resultado, além do caos urbano, tem como subproduto a violência urbana.

Cidades são sistemas abertos, com uma dependência profunda e complexa a fatores externos. Tradicionalmente têm sido abordadas como ameaça aos recursos ambientais do planeta, com impactos sobre o sistema natural pelas mudanças que provocam na ocupação da terra e no uso do solo. Surgem da necessidade do homem, como animal social, de proteção, transformando o ser, dito civilizado, em um organizador de espaços. O tipo de urbanização da cidade evidencia o grau de desenvolvimento do povo que a construiu e a habita, enriquecendo a experiência humana com um enorme e amplo universo no qual, ao invés das realidades se chocarem, complementam-se no exercício do respeito, da solidariedade e da cidadania.

Busca-se uma visão global da *polis*, numa conceituação holística e transdisciplinar, pois a única solução para o desenvolvimento humano está no planejamento participativo.

I – DEFINIÇÃO DE DIREITO E SEGURANÇA

Direito – Segundo o Dicionário Aurélio, “é o que vai em linha reta; reto, direito. Sem desvio. Sem intermediário. Sem rodeios. Franco, espontâneo. Que incide imediatamente sobre pessoas ou bens”.

Segurança – “Ato ou efeito de segurar. Estado, qualidade ou condição de seguro. Convicção. Confiança em si mesmo”.

Assim sendo, podemos dizer que *direito à segurança* é o direito de assegurar pessoas ou bens.

II – O DIREITO À SEGURANÇA DENTRO DA ÓRBITA CONSTITUCIONAL

O direito à segurança encontra-se insculpido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que traz em sua redação o que segue:

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição.”

III – DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES

O desenvolvimento sustentável migrou de um conceito puramente ambiental para transformar-se em tópico do direito urbanístico, propondo-se a encontrar a solução dos problemas das cidades, como meio ambiente construído, compatibilizando o atendimento das necessidades humanas, nos seus variados aspectos, com a função socioambiental da cidade. No entanto, ele deve ser acompanhado de transformação contínua e de avanços tecnológicos e sociais diversos, ou não haverá sustentabilidade.

As cidades agregam dificuldades aos esforços de se avançar para a sustentabilidade urbana, decorrentes a auto-suficiência de produção e disposição final dos resíduos criados. As cidades só se tornam sustentáveis se houver um equilíbrio entre a produção, o consumo e o manejo dos recursos ambientais hoje disponíveis. Ele indica um caminho a ser percorrido, a partir de compromissos públicos, privados e do terceiro setor com as necessidades das gerações atual e futura.

Existe uma diversidade de denominação para o mesmo intuito, tais como cidade ecológica, cidade sustentável, cidade saudável, ecossistema urbano durável, desenvolvimento urbano sustentável. A dicotomia entre o objetivo e o seu atingimento demonstra a complexidade da problemática urbana. A difícil consecução impõe que o conceito de desenvolvimento sustentável de cidade ainda precise ser discutido, afastando-se o discurso fácil, desprovido de significado e viabilidade.

A globalização, distinguindo produção e consumo geograficamente, induz impactos ambientais ainda maiores se considerarmos os limites tradicionais da cidade e as exclusões que provoca. Essa dificuldade dos problemas ambientais urbanos gera fendas abissais na estrutura social, que por sua vez induz à violência e à discriminação pela não-aceitação do pluralismo.

IV – ESTATUTO DA CIDADE

Respeitando a Constituição, por ser competência privativa da União (art. 21, inciso XX) o Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais da política urbana que devem ser observadas por ela própria, pelos Estados e pelos municípios, tais como a garantia do direito a cidades sustentáveis, gestão democrática da cidade com participação popular.

O Estatuto da Cidade estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulamentem o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. É a densificação da

função social da cidade, por meio de instrumentos jurídicos e políticos que garantam a sustentabilidade da *polis*.

A Lei nº 10.257/2001 instituiu uma política nacional urbana com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Tem como objetivo fundamental minimizar as desigualdades sociais tão grandes no Estado brasileiro, promovendo a integração social, e densificar direitos previstos constitucionalmente, mas que ainda não saíram do papel, como o direito de moradia. O Estatuto da Cidade regulamenta os institutos constitucionais de regularização fundiária, por meio da usucapião urbana e concessão especial de uso para fins de moradia.

Esta política visa à sustentabilidade das cidades, garantido o direito à terra urbana, à moradia (art. 6º da CRF), ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer.

O plano diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo e o zoneamento ambiental, que já eram institutos conhecidos e utilizados, com a nova legislação ganham novo destaque. Plano diretor é a base de política e expansão urbana de um município. Embora previsto na Constituição Federal de 1988 como obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, muitas cidades não elaboraram o documento, por motivos diversos. A ausência de regulamentação federal facilitava que municípios, sob a alegação de desconhecerem a forma e os requisitos, deixam de ter um plano diretor. Este planejamento precisa ser revisto a cada 10 anos. Cidades com mais de 500 mil habitantes deverão ter também um plano de transporte urbano integrado.

V – SEGURANÇA PÚBLICA E O PODER DE POLÍCIA URBANÍSTICA

A urbanização gera enormes problemas. Deteriora o meio ambiente urbano. Provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, segurança, problemas de higiene e de saneamento básico. Modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana.

Dessas conseqüências evidencia-se a realidade do cotidiano das grandes cidades: comércio ambulante irregular, favelização, inundações, invasões de terras públicas e particulares, destruição do meio ambiente.

Obtém-se a solução desses problemas pela intervenção do Poder Público, que procura transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas. Dá-se, então, a urbanização.

O art. 182 da Constituição da República trata da política urbana, elencando uma série de medidas de atuação concreta do Poder Público municipal na propriedade urbana pública e privada. O zoneamento, o parcelamento, bem como as servidões e a desapropriação são exemplos dessa atuação.

Para as cidades, o plano diretor funciona como uma estrutura programática, na qual se pode vislumbrar o futuro de suas ruas, avenidas, praças e habitantes, pois o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O tratamento constitucional (no que tange aos municípios) da segurança pública e da política urbana estão intimamente ligados. A aplicação das normas de um título, sem a integração com as do outro, torna-se inviável.

O Poder Público, especialmente o municipal, tem instrumentos de intervenção na propriedade privada que necessitam de apoio técnico e logístico para sua utilização. Não se decreta uma desapropriação, não se constitui uma servidão administrativa, não se requisita um imóvel sem o apoio necessário à auto-executoriedade dos atos administrativos.

Igual conclusão se impõe à racional e adequada utilização do solo urbano. Não se desocupa uma via ou logradouro público, tomada pelo comércio ambulante irregular, nem se reverte uma invasão ou ocupação de próprios municipais sem o auxílio de uma força que desempenhe o poder de polícia urbanística.

O poder de polícia urbanística é o exercício indispensável à consecução das normas imperativas do plano diretor, em que a Guarda Municipal é que detém o poder de polícia urbanística.

A expressão *poder de polícia* deve ser entendida como a atividade do Estado de estabelecer condicionamentos à liberdade e à propriedade, de modo que se garanta a satisfação do bem comum.

A atividade urbanística é de natureza pública e se exerce constringendo e limitando interesses privados. Essa atividade gera conflitos entre os interesses coletivos à ordenação adequada do espaço físico para o melhor exercício das funções sociais da cidade e os interesses dos particulares de um modo geral.

A composição desses conflitos, num primeiro momento, é da lei, que deve estabelecer, não só regras de solução, mas também modos de repressão à eventual não-submissão a sua coerção. Num segundo momento, com base na lei, a Administração, por meio do poder regulamentar, se faz presente, dando maior densidade àquelas regras e utilizando, também, a auto-executoriedade de seus atos. Nesse exato momento é que se verifica, em nível municipal, a fusão entre poder de polícia urbanística e a segurança pública.

Sendo assim, o plano diretor estabelece a política e o desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, e tem, por objetivo, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, conforme preceitua o art. 182 da Constituição Federal.

A concretização das referidas diretrizes urbanísticas encontra no poder de polícia um de seus principais instrumentos. Poder de polícia é o dever da Administração Pública em condicionar e restringir o exercício de alguns direitos individuais ou coletivos tutelados, em benefício dos interesses comuns e do próprio Estado.

A razão do poder de polícia é a necessidade de proteção do interesse social, e o seu fundamento está na supremacia geral que a Administração Pública exerce sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições ao exercício dos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo.

A polícia administrativa atua nos mais variados campos, daí a referência que se lhe faz, em razão da área de incidência, na qual temos:

- polícia sanitária;
- polícia das construções;
- polícia de tráfego e trânsito;
- polícia dos logradouros públicos;
- polícia da atmosfera e das águas etc., consoante se destine à segurança da circulação nas vias públicas, à garantia de tranquilidade pública, ao combate à poluição do ar e das águas.

Em se tratando da participação dos municípios na segurança nacional, o termo *segurança pública* não é o mais adequado, já que grande parte da parcela de competência para tais questões foi entregue aos Estados-membros. Para os municípios, há um termo técnico mais apropriado: o que se convencionou chamar de *segurança ambiental das cidades*.

Para propiciar segurança, higiene, saúde e bem-estar à população local, o município pode regulamentar e policiar todas as atividades, coisas e locais que afetem a coletividade de seu território. Esse policiamento administrativo se endereça precipuamente ao ordenamento da cidade, por sua maior concentração populacional, e do conflito das condutas individuais com o interesse social da comunidade.

VI – VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO BRASIL

No Brasil, o tema adquire crucial importância em virtude do quadro “guerra civil não declarada”, hoje existente nas grandes cidades, que embasa a cultura do medo em que as novas gerações deste país são criadas.

Dentre os fatores causadores da recrudescência dessa violência urbana, pode-se citar o fenômeno acelerado/desordenado da metropolização, com a conseqüente favelização das cidades, a distribuição desigual de riqueza, o desemprego, a falta de assistência do Estado nas áreas de educação, saúde e segurança e a desagregação da família.

O colapso do Poder Judiciário, gerando impunidade, facilitou o surgimento de poderes paralelos, criando um “Estado dentro de um Estado”, em que a paisagem dos grandes centros urbanos viu-se significativamente remodelada em função do quadro de violência presente.

CONCLUSÃO

Grande parte dos debates atuais sobre segurança procura oferecer soluções para os efeitos, esquecendo que o problema exige remédio para as causas. Atacando-se somente os efeitos, as causas persistirão, e o problema continuará crescendo de forma descontrolada.

O correto seria a proposta de medidas preventivas, educadoras e corretivas, uma vez que as medidas repressivas não produzem efeitos estruturais e duradouros. Para se avançar nas soluções, deve-se começar por tentar diminuir as desigualdades sociais, uma vez que desequilíbrios sociais graves repercutem diretamente na segurança. Uma melhor reestruturação das cidades, uma atenção maior para as áreas da saúde e educação também devem ser postas em prática.

Portanto, a insegurança deve ser tida como inaceitável por todos, por ser um comportamento aprendido nos processos sociais entre pessoas, instituições e sociedade.

Por fim, a participação de toda sociedade na resolução das causas já citadas no presente trabalho e o esforço individual de cada um para criar um clima harmônico nas relações vividas poderão construir o caminho para o estabelecimento da cultura da paz e da segurança em sentido *lato*, ou seja, segurança pública, segurança pessoal, segurança do trabalho, segurança de bens, segurança de liberdade, segurança jurídica etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FLORES, Patrícia Teixeira Rezende; SANTOS, Bernadete Schleder dos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.
- MEIRELES, Helly Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MERCIER, Bernadete Bacellar do Carmo. *Gerência da cidade pelo município em face do direito ambiental brasileiro*. Monografia. Santos, 2002.
- VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Aspectos da autonomia do município*. Monografia. Santos, 2002.



A RELAÇÃO TRILATERAL NA TRANSFERÊNCIA CONTRATUAL

Fuad José Daud

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, Professor Adjunto de Direito Civil e Direito Comercial da Universidade de Santo Amaro – UNISA, Professor Adjunto de Direito Comercial da Universidade Paulista – UNIP, Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp, Pesquisador e Líder de Grupo de Pesquisa do CNPq, Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: Linhas introdutórias; 1 Relação jurídica obrigacional; 2 Relação jurídica contratual; 3 Objeto da transferência de contrato; 4 Participantes da transferência contratual; Linhas conclusivas; Referências bibliográficas.

RESUMO: A relação trilateral na transferência contratual é uma proposta que decorre das relações de cessão ou transmissão, em que um dos contratantes, denominado *cedente*, transfere o contrato a um terceiro, o *cessionário*, com o consentimento do outro contratante que permanece, chamado *cedido*. O objeto do contrato de transferência é o contrato *base*, cujas partes originárias são o cedente e o cedido. A relação jurídica é contratual e complexa, e não simplesmente obrigacional, por compreender créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres acessórios, deveres de comportamento, encargos e expectativas, envolvendo a necessária atuação das três partes na transferência do contrato.

PALAVRAS-CHAVE: direito contratual; transferência de contrato; relação trilateral.

LINHAS INTRODUTÓRIAS

A trilateralidade na transferência de contrato é uma proposta que decorre das relações de cessão ou transmissão, em que um dos contratantes transmite o contrato a um terceiro com o consentimento do outro contratante que permanece, por este já fazer parte da relação primitiva.

O que se transfere é o contrato denominado “base”, e este torna-se o objeto da transferência a terceiro interessado, que deseja participar do contrato no lugar do contratante primitivo que sai da relação.

Saindo o contratante, denominado também “cedente”, o contrato “base” será mantido com seus direitos e suas obrigações, e com um novo contratante, denominado também “cessionário”, permanecendo o outro contratante primitivo, denominado “cedido”.

Com a transferência contratual, o novo contratante passa a ter relações com o contratante que permaneceu, continuando a execução do contrato na conformidade das cláusulas estipuladas no contrato “base”.

O presente estudo decorre do contrato de transferência ou transmissão do contrato “base”. Não diz respeito a esta relação, mas a outra relação, que é aquela da transferência, denominada pela doutrina “cessão de contrato” ou “cessão da posição contratual”. Ainda, o objeto deste estudo não se refere ao conteúdo desse contrato de cessão, que seria uma investigação dos direitos e deveres de cada contratante, mas tão-somente à relação trilateral entre os partícipes no ato negocial de cessão contratual.

A relação existente no contrato “base” é a bilateral e não a trilateral, isto é, há naquele contrato duas partes contrapostas com direitos e obrigações recíprocos. No contrato de transferência há três partes ou contratantes, ou seja, uma que transfere sua posição para um terceiro que entra em seu lugar, e outra que permanece na relação, perfazendo uma relação trilateral com a manifestação de vontade das três partes.

A transferência contratual é um negócio jurídico proveniente de uma relação jurídica estruturada por manifestações de vontades de três sujeitos ou contratantes, tendo por objeto um contrato (contrato “base”)¹.

Para o desenvolvimento deste trabalho de pesquisa é importante o enfoque sobre as relações jurídicas obrigacional e contratual, diferenciando uma da outra, tendo em vista as peculiaridades próprias de cada uma dessas relações. Outros aspectos que mais adiante serão expostos referem-se ao objeto e aos sujeitos participantes da transferência de contrato, enfatizando posições doutrinárias de alguns juristas, para, finalmente, chegar-se às linhas conclusivas do presente.

1 RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Obrigação é relação jurídica de caráter transitório que se estabelece entre duas pessoas, credor e devedor, portanto, relação de natureza pessoal que, particularmente, em caso de inadimplemento, induz responsabilidade patrimonial do devedor, “logo, o credor pode compelir o devedor a que cumpra a obrigação”². O objeto da obrigação é uma prestação pessoal e de natureza econômica, isto é, exprime um valor pecuniário que a própria pessoa ou alguém por ela está adstrita ao seu cumprimento.

A obrigação constitui um vínculo jurídico que sujeita o devedor a uma prestação em favor do credor. Entre o credor e devedor há um duplo vínculo: um de ordem espiritual, outro de ordem material. O de ordem espiritual constitui-se pelo comportamento do sujeito passivo, em decorrência da lei, e à satisfação da obrigação que é a prática do princípio da vida honesta. O vínculo de ordem material, que é constituído em virtude da lei, dá ao credor a faculdade de mover a competente ação contra o

1 BENHAME, Mario. *Direito civil – teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 78 (relação jurídica como negócio jurídico).

2 ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 19. Esse mestre ensina que o inadimplemento da obrigação dá ao credor o direito de exigir perdas e danos (CC anterior, art. 1.056; CC atual, art. 402), e que não exclui o direito de exigir que a obrigação convencionada se cumpra (Idem, p. 17 e 18).

devedor, executar a sentença daí decorrente, penhorar seus bens para a obtenção do valor correspondente à prestação não cumprida³.

Existem situações, nos negócios jurídicos, em que os sujeitos, ativo e passivo, ou credor e devedor, não mantêm uma única posição. Assim, podem ocupar posições dúplices, como nos contratos bilaterais, em que os sujeitos se posicionam como credores e devedores em reciprocidade. Na compra e venda, o comprador é credor da coisa, o vendedor é devedor dessa mesma coisa. Inverte-se a posição de cada sujeito quando o comprador (sujeito ativo da primeira obrigação, credor) assume o dever de pagar o preço, tornando-se sujeito passivo da segunda obrigação (devedor). O vendedor (sujeito passivo da primeira obrigação, devedor) passa a ter o direito de receber o preço, tornando-se sujeito ativo da segunda obrigação (credor).

Nessas relações, não se fala em ato unilateral da vontade, no qual uma pessoa assume o dever de prestar a outra em favor de quem a prestação será realizada, como acontece com o cheque ao portador, que possui apenas um sujeito da obrigação determinado. Caso típico é a promessa de recompensa, pela qual o sujeito ativo será conhecido posteriormente ao nascimento da obrigação, desde que se apresente ao promitente. Existem casos de sujeitos indeterminados nas obrigações, como nas vendas por anúncios, vendas em leilões, ofertas públicas⁴.

Temos dito até aqui que a relação jurídica obrigacional é constituída pelo vínculo jurídico entre sujeitos singulares, ou seja, cada parte é constituída de uma só pessoa, porém, pode haver pluralidade de credores e devedores do lado ativo ou do lado passivo, ou dos dois lados da relação. Mesmo com a pluralidade de sujeitos, a posição de cada parte será a mesma, isto é, haverá a parte ativa, com um ou vários credores, e a parte passiva, com um ou vários devedores. Não haverá uma terceira parte na mesma relação obrigacional⁵.

No campo da transmissibilidade das obrigações, mais especificamente no da transmissão ativa e passiva, em nosso Direito o credor e o devedor podem ser substituídos sem a extinção do crédito ou débito, permanecendo a mesma relação obrigacional com o novo credor ou devedor, é o que acontece nos institutos jurídicos denominados *cessão de crédito e assunção de dívida*⁶. Na cessão de crédito, a substituição se dá do lado ativo pertinente apenas a outra pessoa que passa a ser o novo credor no lugar do antigo, isto é, continuará existindo tão-somente o crédito que anteriormente já existia, mas com um novo credor. Este, na relação, não se tornará um devedor enquanto for credor. Por exemplo, alguém que é titular de um título de crédito, que pode ser uma nota promissória, como credor poderá ceder o seu crédito para uma terceira pessoa que passará a ser o novo credor com o mesmo crédito, a mesma relação com o mesmo devedor. Na assunção de dívida, a substituição se dá do lado passivo

3 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1999. p. 23 e 24.

4 MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 22, 2000. p. 11.

5 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 14.

6 A cessão de crédito está estabelecida no Código Civil pátrio, arts. 286 a 298; a assunção de dívida, nos arts. 299 a 303.

pertinente apenas à outra pessoa que passa a ser o novo devedor no lugar do antigo, isto é, continuará existindo tão-somente o débito que anteriormente existia, mas com um novo devedor. Este, na relação, não se tornará um credor enquanto for devedor. Por exemplo, alguém que tem uma dívida em razão de uma nota promissória poderá ceder o seu débito, com a anuência do credor, para um terceiro que passará a ser o novo devedor com o mesmo débito, a mesma relação com o mesmo credor. Essa relação, pura e simples, de um lado credor com o seu crédito e, do outro, devedor com o seu débito, chamamos *obrigacional* para diferenciá-la da relação contratual que veremos adiante.

2 RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL

Os vínculos jurídicos podem ser plurais em cada um dos pólos, ativo e passivo. Cada uma das partes passa a ser um centro de interesses, com direitos e deveres.

Desta forma, a obrigação expressa seu aspecto bilateral ou sinalagmático (do grego *sinallagmatikos*: refere-se a um contrato; contrato com reciprocidade; dependência recíproca de obrigações). O contrato bilateral, no dizer de Pontes de Miranda, é aquele “em que cada um dos figurantes assume o dever de prestar para que outro ou outros lhe contraprestem”⁷. Mário Júlio de Almeida Costa⁸ alude à distinção entre os contratos unilaterais e bilaterais. Diz que dos unilaterais originam-se obrigações somente para uma das partes, *v.g.*, o comodato, o mútuo; dos bilaterais geram obrigações recíprocas a cargo de ambas as partes, como, por exemplo, a locação, a compra e venda. Nesta esteira, Jacques Ghestin⁹ diz que a função econômica essencial do contrato é a reciprocidade das obrigações realizadas nas permutas dos bens e dos serviços. O contrato, como instrumento jurídico da vida econômica, pode ser conceituado como acordo de vontades que visa a produzir os efeitos jurídicos, exigindo essencialmente o concurso de duas ou mais declarações de vontades.

Na relação contratual os sujeitos são denominados *partes*. Parte não se confunde com uma pessoa. Uma parte pode ser composta por várias pessoas, desde que tenham um certo interesse comum, em contraposição ao interesse da outra parte¹⁰. Por exemplo, os condôminos (várias pessoas) que locam um imóvel de sua propriedade são parte e não partes, constituindo apenas um centro de interesses.

A relação contratual não deve ser entendida apenas como prestação e contraprestação, por compreender os créditos, os débitos, os direitos potestativos, as sujeições, os deveres acessórios, os deveres de comportamento, as expectativas, os ônus, os encargos¹¹. Considera-se direito potestativo o poder conferido a uma parte de

7 *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 26, 1971. p. 96.

8 *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 143 e 144.

9 *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, v. 2, 1980. p. 7: “[...] *reciprocité des obligations réalise l'échange des biens et des services qui est la fonction économique essentielle du contrat*”.

10 Cf. GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Réus, v. III, 1929. p. 21.

11 PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970. p. 67.

modificar a relação jurídica, influenciando na situação jurídica de outrem, como ocorre na denúncia do contrato, sua revisão e sua renovação, no poder de revogar a procuração. Os deveres acessórios são aqueles que envolvem condutas e comportamentos determinados, como, por exemplo, o dever de informação sobre as qualidades da coisa, os juros de mora¹². A relação contratual implica em uma relação mais complexa que a relação obrigacional, pois esta limita-se a débito e crédito, à prestação e contraprestação.

3 OBJETO DA TRANSFERÊNCIA DE CONTRATO

A transferência de contrato tem como objeto o contrato *base* que se originou de uma relação tipicamente bilateral, como os contratos de fornecimento de bens ou serviços, de compra e venda, de financiamento para a compra da casa própria. A transferência do contrato *base* efetiva-se por meio de um outro instrumento (contrato), que a doutrina chama de “cessão” (cessão de contrato; cessão de posição contratual).

Por esta via permite-se realizar a circulação do contrato *base*, isto é, transfere-se o negócio jurídico de uma das partes a um terceiro que se torna parte em seu lugar.

A configuração típica desse instrumento contratual permite realizar a denominada *circulação do contrato*, isto é, a transferência do negócio jurídico a um terceiro interessado por um dos contratantes que se encontra na relação jurídica bilateral primitiva, com a devida anuência do outro contratante que permanece nessa mesma relação jurídica.

Exemplo clássico de transferência de contrato é aquela em que se permite ao locatário ceder o prédio locado a terceiro, desde que haja consentimento prévio e escrito do locador, na conformidade do art. 13 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. No mesmo sentido dispunha o art. 1.201 do Código Civil de 1916. O contrato *base* continua o mesmo. Outro exemplo é o do substabelecimento, em que o mandatário transfere o mandato a outro procurador, de acordo com os poderes recebidos do mandante, com a devida autorização para a prática do ato de transferência, segundo o que dispõe o art. 667 do Código Civil brasileiro. O contrato *base* de mandato continua o mesmo, apenas com a alteração subjetiva do mandatário original que foi substituído pelo substabelecido, o novo mandatário.

4 PARTICIPANTES DA TRANSFERÊNCIA CONTRATUAL

Na transferência contratual há dois contratos distintos: o inicial ou básico, denominado contrato *base*, celebrado na origem pelo transferidor, também denominado transferente, ou, ainda, chamado *cedente*, e pelo permanente, também denominado *cedido*, todavia, pelo uso mais comum, passamos a chamar os participantes originais de *cedente* e *cedido*; e o negócio causal de transferência, que se pode chamar de *cessão*, cujo terceiro participante é o entrante, que passamos a denominar *cessionário*.

¹² GOMES, Orlando. Op. cit., p. 218.

No negócio da transferência contratual deverão participar o cedente, o cedido e o cessionário, três partes necessárias para a caracterização do instituto jurídico próprio. Não se fala aqui do contrato base que é objeto do negócio e que permanece o mesmo, sem qualquer alteração, a não ser em seu aspecto subjetivo, ou seja, a alteração que acontece de uma das partes da relação jurídica contratual por outra. A parte que sai é o contratante *cedente*, e a parte que entra é o novo contratante *cessionário*. A parte que permanece é o contratante *cedido*. Dessa forma, o contrato base estará modificado com os contratantes *cessionário* e *cedido*.

O que nos interessa, a respeito do negócio de transferência do contrato, é a participação, nessa relação jurídica, do *cedente*, do *cessionário* e do *cedido*, com as três declarações de vontade. A autorização do cedido é imprescindível para a recepção do cessionário, mas não quer dizer que o cedente deva se desvincular da relação, de imediato, pois deverá ficar responsável pela solvabilidade do cessionário se assim for estipulado. A não-liberação do cedente faz deste responsável subsidiariamente pelas obrigações do cessionário em relação ao cedido.

Para a perfeição da transferência contratual, o cessionário toma a posição do cedente, tornando-se parte do contrato. O cedido, por sua vez, passa a responder ao cessionário, e este para com aquele, de acordo com o conjunto de direitos e obrigações que do cedente foi transmitido ao cessionário. O Código Civil português (art. 426º) e o Código Civil italiano (art. 1.410) estabelecem, respectivamente, a responsabilidade do cedente no aspecto da garantia da transferência (cessão) e a validade do contrato a ser cedido ao cessionário, pois não se pode ceder o que não se tem. A nulidade do contrato torna a transferência nula, e o cedente deverá ser responsabilizado pelos prejuízos causados. Se o defeito era o de inexistência do contrato base, ou de nulidade, ou de anulabilidade, anterior à transferência, ou se ele existia e era válido e celebrado entre o cedido e um terceiro, que não o cedente, a transferência deverá ser nula, por falta de objeto, pois faltará a legitimidade para contratar, como se dá na venda ou na doação de bens alheios¹³.

LINHAS CONCLUSIVAS

O objetivo deste breve trabalho é registrar a importância e a necessidade de um desenvolvimento maior do aspecto da trilateralidade da relação jurídica de transferência de contrato, posto que o Código Civil pátrio ainda não tipificou a transmissão dessa espécie contratual. A doutrina nacional, por sua vez, tem dado pouca importância no desenvolvimento do instituto, apesar de sua existência de fato em nosso meio. É de se estranhar que o legislador de 2002 tenha deixado de atender uma relação jurídica tão difundida em nossa sociedade.

A transferência contratual é um negócio trilateral, com a participação de três sujeitos: cedente, cessionário e cedido. Tem uma função econômica importante, porque possibilita a circulação do contrato, evita-se a multiplicação de contratos, poupa despesas

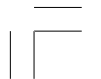
13 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., p. 456 e 457.

e tempo, realizando em um só ato a operação que demanda vários, se alguém quisesse valer-se das obrigações simples, como a cessão de crédito e a assunção de dívida.

A relação trilateral nessa espécie contratual é indubitosa, levando-se em conta os elementos próprios do instituto em relação ao objeto: o contrato base com prestações recíprocas (bilateral); o contrato base não completamente cumprido ou executado; as partes com direitos e deveres recíprocos; qualquer das partes tem a faculdade de realizar a transferência; a anuência da outra parte contratante para que produzam os devidos efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BENHAME, Mário. *Direito civil – teoria geral*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, v. 2, 1980.
- GIORGI, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Réus, v. III, 1929.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 26, 1971.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1999.



DIREITOS ADUANEIROS

Clovis Ernesto de Gouvêa

Doutor em Direito pela USP/SP, Especialista em Administração Tributária pelo Wirtschaftliche Zusammenarbeit de Berlin – Alemanha, Professor de Direito Financeiro e Tributário, Filosofia do Direito e de Ética Profissional do Curso de Direito da Faccamp – Faculdade Campo Limpo Paulista, Professor Aposentado dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação de Direito Tributário e de Filosofia do Direito da USF – Universidade São Francisco, em Bragança Paulista e São Paulo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fato gerador; 2 Fato gerador do imposto de importação; 3 Aspecto temporal no imposto aduaneiro; 4 Outros componentes dos tributos aduaneiros; 5 Isenções e reduções tributárias na área aduaneira; 6 A questão da tributação de exportações; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Os direitos aduaneiros. A origem histórica desta tributação no Brasil. O fato gerador aduaneiro. O problema do aspecto temporal do imposto de importação. Função socioeconômica da tributação aduaneira. Aduana no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior melhor que no Ministério da Fazenda. A confusão entre fato gerador aduaneiro e incidência. O aspecto eminentemente regulatório da tributação aduaneira. Uma proposta de modernização, com a criação de um novo tributo: *direitos aduaneiros*.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos ou impostos aduaneiros; regulação; arrecadação; fato gerador; aspecto temporal; aspecto espacial; obrigação tributária; crédito tributário; lançamento; exportações; modernização tributária.

INTRODUÇÃO

À guisa de *introdução*, faremos uma pequena digressão histórica com o intuito de situar o tema proposto no contexto tributário brasileiro a fim de entender a sua problemática e procurar demonstrar sua consistência doutrinária.

Há uma tendência internacional que influencia a sistematização doutrinária, bem como um processo evolutivo que remonta à época do Cardeal Mazarin e, especialmente, do mercantilista e reformador Jean-Baptiste Colbert, o todo-poderoso Ministro de Luiz XIV de França. Não se deve ignorar que Colbert institucionalizou a tributação aduaneira, primeiro a de exportação e a seguir a de importação, como autêntica tributação indireta, responsável pela ascensão econômica e hegemonia da França na Europa de então. Mas realmente o que vai nos interessar é a evolução processada em nossos quadrantes e a ela vamos nos deter.

Encontramos, nos *forais das capitâneas hereditárias*¹, os primeiros preceitos sobre a tributação no Brasil, como a permissão à exportação feita por portugueses de mercadorias

1 Cf. MORAES, B. R. de. *Compêndio de direito tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1996. p. 110.

da capitania (exceto escravos e alguns bens proibidos), podendo embarcá-las e vendê-las livremente sujeitas ao pagamento apenas de uma *sisá*. Se feita, todavia para o estrangeiro, para fora do Reino, o *Erário* teria direito à *dízima*. O direito de *dízima* foi estabelecido na Alfândega do Rio de Janeiro em 1699, na razão de 10% (daí, *dízima*) sobre o valor das mercadorias importadas, independentes de sua procedência.

Esse tributo faz parte do elenco impositivo herdado de Portugal e em uso no Brasil desde os primeiros tempos coloniais. Deriva, naturalmente, do bíblico *dízimo* quanto ao nome, já que o bíblico era em geral cobrado em espécie.

A tributação aduaneira, tanto na exportação quanto na importação, origina-se da aplicação geral da *dízima*, em espécie ou de contado. A originalidade – ou curiosidade – maior estava na cobrança da *redízima*, incidente sobre todos os produtos *dizimados*, um arremedo de imposição direta sobre o comerciante e intermediários a qualquer título.

Com a vinda da família real para o Brasil e a integração ao Reino, o sistema tributário começa a adquirir contornos mais modernos. A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 estabeleceu a cobrança universalizada dos direitos aduaneiros exigidos em razão da entrada de produtos importados.

Em dez anos, foram editados diversos instrumentos com vistas ao regular funcionamento alfandegário do País. O alvará de 25 de abril de 1818 estabeleceu, além de uma tributação genérica nas importações, a imposição de imposto de exportação. Tratou da tributação da carne seca² mediante alíquota específica de exportação, bem como da cobrança de 2% *ad valorem*, pela exportação dos demais gêneros do Brasil.

A curiosidade é que essa tributação provocou, de parte do Tesoureiro-Mor do Erário do Rio de Janeiro, José Caetano Gomes, uma Representação dirigida ao Príncipe Regente, D. Pedro, propondo a abolição da taxação, sob argumentação de incrível atualidade:

“Seja permitido dizer a V. A. que esses dois por cento devem ser abolidos.

É um tributo estabelecido contra todos os princípios da Economia Política e que as nações mais esclarecidas, e que conhecem os seus verdadeiros interesses, não têm; antes animam as exportações com prêmios.

Parecerá talvez estranho que o tesoureiro-mor de um Erário, que conhece a grande dívida do Estado, fale em abolir impostos; porém, Senhor, quando estes são gravosos, e desanimam a indústria, é preciso praticar este ato, não só de justiça, mas de interesse.

A grande máxima de um bom governo, e que deve ser sagrada, é a de diminuir despesas tributárias, porque se aumentam as rendas do Estado de outro tanto.”³

2 N. do A.: Alíquota de 600 réis por arroba, que se reduziam a 200 réis se o transporte fosse em navios portugueses.

3 VIVEIROS DE CASTRO, A. O. *História tributária do Brasil*. 2. ed. Brasília: ESAF, 1989. p. 32.

Por esse breve relato, percebemos, a despeito das sábias palavras do tesoureiro-mor, que no período anterior à Independência o aparelho tributário era deficiente e que a cada despesa nova exigia-se uma nova contribuição especial, em geral denominada *donativo voluntário*, que o mais das vezes de *voluntário* não tinha nada.

Todavia, no período colonial, moldando-se o governo reinol pelas práticas estrangeiras (diga-se, em particular, inglesas), o direito aduaneiro deixa de ser considerado como simples fonte de receita, passando a ser visto como um instrumento econômico a ser manipulado para favorecer a produção nacional. Mas o protecionismo foi agrícola antes de industrial. Mas não deixa de nos despertar a atenção essa tão antiga preocupação com o aspecto regulador dos direitos aduaneiros na exportação e na importação.

D. Pedro I, ao assumir o governo, constatou que pesava sobre o Erário um déficit colossal; o ouro e a prata haviam desaparecido; até o cobre era pouco.

Não havia remédio. O governo do primeiro reinado voltou-se para a única fonte tributária disponível, a dos direitos aduaneiros. Mas foi na época da Regência que o sistema tributário simplificou-se, estabelecendo o § 1º do art. 78 da Lei de 24 de outubro de 1832, os direitos aduaneiros:

“Direitos, que se arrecadam nas alfândegas, por importação, exportação, baldeação e reexportação; e emolumentos que se cobram nas mesmas alfândegas, de ofícios que passaram para a fazenda Pública.”

Além dos direitos e emolumentos, os demais parágrafos do mesmo artigo instituíram uma porção de taxas de serviços que trouxeram desde logo um clima de confusão ao próprio funcionamento dessas repartições, vícios esses que perduram até hoje.

Depois da emaranhada tributação da época colonial e do árido período do Primeiro Reinado, chegamos ao Segundo com a tributação mais organizada. As Alfândegas, responsáveis pela arrecadação do mais rentável tributo, o sobre as importações, passaram a administrar os tributos gerais. Essas repartições não só serviram de modelo à instalação de postos fiscais interiores, como centralizavam, nas grandes cidades, quase todas praianas, o grosso da arrecadação imperial. E deram origem também às denominadas Mesas de Renda, *alfandegadas* ou *secas*.

Comenta Viveiros de Castro⁴ que “o problema predominante nesse período foi o da *discriminação das rendas*, o qual, aliás, o antigo regime deixou insolúvel”. Desde a Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835, a história tributária brasileira foi sinalizada pela discriminação das imposições que deveriam fazer parte da Receita Geral, delimitando a alçada tributária das Províncias. Pela primeira vez ficou clara a problemática da *discriminação de rendas*, numa tentativa pioneira de separar o que era do Tesouro Imperial, do que era receita provincial. Essa *discriminação* passou a ser emblemática, inserta em todas as nossas posteriores Constituições.

4 Op. cit., p. 66.

Uma das questões cruciais desta época, mormente considerando-se a importância da arrecadação aduaneira para o Erário, já que dela era a principal fonte, começa a ser resolvida em 1844 com a adoção da *Tarifa Alves Branco*⁵: a consolidação e sistematização da tributação aduaneira.

Os direitos aduaneiros passam a fazer parte do preço das mercadorias, e o consumidor os paga quase sem o pressentir, embora os sinta, e como, no bolso e no orçamento doméstico. Essa tendência tributária se acentua pela facilidade que oferece a cobrança pelas Alfândegas. Logo, irá se tornar difícil distinguir a tributação aduaneira, devida pelo comércio externo, da tributação interna de tributo similar como o de consumo. Os direitos aduaneiros, assim, deixam de representar um *simples direito* para se transmutar em um estrito imposto. Há uma evidente distinção que deve ser respeitada: os direitos aduaneiros devem ter apenas função reguladora do comércio exterior, fugindo à conceituação de impostos comuns. Vale lembrar a celebrada lição de Gaston Jéze: “O imposto é uma prestação pecuniária exigida dos particulares por meio de autoridade, a título definitivo e sem contrapartida, tendo em vista a cobertura dos encargos públicos”⁶.

A arrecadação dos direitos aduaneiros passou a ser definitivamente a maior fonte de receita do Erário, tendo-se seguro registro dessa ocorrência a partir, pelo menos, de 1864, conforme registra o pesquisador Agostinho F. Bezerra⁷. Originada àquela época do Segundo Reinado, essa dramática supremacia perdurou até o ano de 1940, quando, pela primeira vez, o imposto de importação foi superado, assim mesmo pelo seu congêneres interno, o imposto sobre o consumo.

Há ainda a registrar o fato de que durante todo o tempo o imposto de importação foi privativo do poder central, desde a Colônia até a República. O correspondente tributo aduaneiro de exportação, desde a Lei nº 99, de 1835, foi destinado às Províncias. O problema foi que estas imediatamente começaram a taxar as exportações interprovinciais, gerando toda sorte de litígios.

No início do século passado, um decênio após a edição da primeira Constituição republicana, travava-se uma surda guerra fiscal entre os Estados, sucessores republicanos das antigas Províncias, fruto do despreparo dos governos na lide administrativa de unidades federais autônomas que, no dizer de Viveiros de Castro⁸, retrocedia “a tempos anteriores a Colbert”, mergulhando em tempos medievais das famigeradas alfândegas secas internas. O costume era anárquico, predatório, mas teve o condão de provocar a saudável intervenção do Supremo Tribunal Federal que tomou por base o disposto no Decreto Legislativo nº 1.185, de 11.06.1904. Vale observar que esse tipo de guerra fiscal, com outro colorido, até hoje assola o nosso sistema federativo. A intervenção do Supremo estabeleceu, por via judicial, o *princípio de legalidade* em matéria fiscal.

5 N. do A.: Tarifa das Alfândegas, baixada pelo Decreto nº 376, de 12 de agosto de 1844, quando Manuel Alves Branco era Ministro da Fazenda; a tarifa acabou levando seu nome.

6 N. do A.: do original: “*L’impôt est une prestation pécuniaire, requise des particuliers par voie d’autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques*”.

7 *As tarifas internas da primeira república*. Brasília: ESAF, 1986, Tabela nº 11.

8 Op. cit., p. 110.

Esta decisão resultou na institucionalização do princípio em forma estrita, na letra do art. 72, nº 30, da Constituição de 1891: “Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize”. Seria o início da adoção da chamada *rigidez do sistema tributário constitucional brasileiro*, destacado pelo saudoso tributarista Geral Ataliba⁹ e consolidado, segundo ele, pela Constituição de 1934. Todas as nossas Constituições conservaram o espírito deste dispositivo como também a *discriminação das rendas* introduzida nos tempos do Império e em pleno acordo com o princípio estabelecido.

Sentia-se a necessidade de uma racionalização do sistema tributário nacional e de um melhor aproveitamento econômico dos impostos. Exigia-se uma reforma tributária e o governo procurou implantá-la em três momentos distintos, sendo o último dedicado à estruturação do novo sistema, a elaboração de uma nova discriminação de rendas como projeto de reforma constitucional.

A hoje famosa Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, trouxe uma autêntica reforma tributária fundada em classificação dos impostos segundo nomenclatura econômica e aperfeiçoando a discriminação de competência tributária¹⁰. Entre outras, em seu art. 7º, fixou a competência exclusiva da União sobre os impostos do comércio exterior, excluindo a competência estadual em matéria de tributação de exportações.

A Constituição vigente, de 1988, consagrou uma reestruturação, e não uma reforma do nosso sistema tributário. Talvez não fosse a hora, dado estar o País emergindo da longa e autocrática ditadura militar. Hoje, todavia, carecemos de forma vital dela, pois a leonina fome fiscal destes últimos dez anos causou distorções insanáveis em nosso sistema, inclusive na área aduaneira que, internacional, não deveria sofrer conceitualmente com a virulência do rastelo impositivo. Mas sofreu.

1 FATO GERADOR

Consagrada pela doutrina e pela prática, a expressão título está longe de ser unanimidade. Há uma controvérsia em seu entorno quanto à propriedade e precisão do uso, inclusive quanto a certa ambigüidade semântica. A um tempo designaria a hipótese tributária criada em lei e à própria ocorrência fática.

Dentre os mestres que discutem esta nomenclatura, inclui-se o reputado professor Paulo de Barros Carvalho. Ele atribui a adoção da expressão, que considera equivocada, à influência do consagrado tributarista francês Gaston Jèze¹¹. Enumera ainda uma série de expressões símile, como *pressuposto de fato*, *suporte fático*, *fato imponível*, *hipótese de incidência*, em concorrência alternativa com a eleita, *fato gerador*, estribado

9 In: *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, Cap. III, n. 116, 1968.

10 N. do A.: V. n/artigo na *Revista do Curso de Direito – FACCAMP*, n. 2, 2004. p. 91 e ss.

11 *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 2.

em opiniões ilustres como as de Amílcar de Araújo Falcão, Souto Maior Borges, Alfredo Augusto Becker e Geraldo Ataliba¹².

Em nosso estudo, porém, firmamos o entendimento do saudoso tributarista Ruy Barbosa Nogueira¹³. Fundado na *teoria da tridimensionalidade do fenômeno jurídico* do, em razão de seu recente passamento, igualmente saudoso doutrinador Miguel Reale¹⁴, aquele mestre adota explicação correta da questão, que esposamos e apomos modesta contribuição. O fato gerador tributário forma-se a partir de um fato econômico qualquer que, pelos usos de comércio, apresenta-se como *fato jurídico normativo pressuposto*; daí, colhido pelo *legislador*, é determinado, *in abstracto*, em norma jurídica como fato gerador jurídico-tributário; quando ocorre *in concreto*, sua incidência sobre coisa ou pessoa a agregação de *valor* encerra o ciclo do *fenômeno jurídico tributário*.

Em razão disto, o *fato gerador* univocamente tem, como os dois outros elementos do conjunto, *valor* e *norma*, função dúplice: face à norma, como hipótese legal, e ao valor, em sua concretude econômica. Diante disto descarta-se a interessante alternativa de consideração dual proposta por Geraldo Ataliba¹⁵, de um lado uma *hipótese de incidência*, de outro um *fato imponível*.

Quando a lei tributária escolhe atos, fatos ou negócios que sirvam de base a um tributo, presume-se não apenas seu evidente conteúdo econômico, como a medida e o montante a ser pago que se ajuste à *capacidade contributiva* do sujeito passivo da obrigação.

2 FATO GERADOR DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO

Os direitos aduaneiros foram incluídos no rol dos impostos instituídos pela reforma tributária de 1966, conferindo, como de tradição, a administração do imposto de importação, ao Ministério da Fazenda. A novidade, boa, foi que o de exportação, até ali cometido aos Estados, passou para a alçada federal. O rol não poderia tratar à parte, naquela oportunidade, a imposição aduaneira, porque ela se enquadrava à diretriz *econômica* adotada pela reforma. Além do que, embora estes *direitos* definam em si sua função intrinsecamente reguladora, vários são os tributos que, mesmo se prestando essencialmente à finalidade de arrecadação de recursos, contêm subsidiariamente extrato regulador.

O CTN¹⁶, após definir imposto (art. 16), dispõe, em seu art. 19: “O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional”.

Editado logo a seguir o Decreto-Lei nº 37/1966¹⁷, em seu art. 1º, informa que “o imposto de importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no território nacional”.

12 CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 157/158.

13 *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 53 e ss.

14 *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, Tít. X, 1991, p. 497 e ss.

15 *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 51.

16 Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25.10.1966.

17 Decreto-Lei nº 37, de 18.11.1966, dispõe sobre o imposto de importação e serviços aduaneiros.

A regulamentação da lei baixada quase vinte anos depois¹⁸ acrescenta ao texto apenas a expressão técnica “território aduaneiro” em lugar de “nacional” (art. 86), associado às hipóteses de incidência (art. 83) e não-incidência (art. 85). Deste modo, resta mantido o momento de ocorrência do fato gerador e os aspectos temporal e espacial da norma de incidência, como entendem alguns doutrinadores, que se esgotam¹⁹, no caso das mercadorias despachadas para consumo, com o registro na repartição competente, pelo importador, da Declaração de Importação (DI), instituída pelo art. 23 do Decreto-Lei nº 37/1966.

Em obediência a essas disposições, o art. 73 e seu inciso I do vigente Regulamento Aduaneiro (RA)²⁰ deixa claro que, para cálculo do imposto no caso de despacho para consumo, *considera-se ocorrido o fato gerador* na data do registro da DI, não contrariando o espírito da lei que lhe serve de base.

Registre-se, todavia, que a matéria doutrinária não é pacífica e há opiniões que divergem do entendimento exposto. Uma questão aparentemente banal acaba por gerar confusão acerca da temporariedade, com natural reflexo espacial, da ocorrência do fato gerador, com efeitos jurídicos evidentes na sua concretude – *onde e quando* eclode o fato fiscal a ser tutelado.

3 ASPECTO TEMPORAL NO IMPOSTO ADUANEIRO

O aspecto temporal do fato gerador do imposto aduaneiro de importação é o mais discutido, controvertido e, sem dúvida, o mais importante para o entendimento sistêmico deste tributo. O comércio internacional entende a tributação aduaneira mais como o exercício de um *direito*, representativo da soberania nacional e destinado à regulação do complicado mercado exterior, do que mais um imposto indireto utilizado para prover o erário. O fato de ter este tributo exercido este papel, como na França de Colbert, ou no Brasil imperial e primeira República, não justifica a sua manutenção em função que lhe é imprópria.

O aspecto temporal em nosso Código (CTN) é referido como o momento em que as situações de fato e de direito, constituídas, produzem efeitos que fazem nascer determinada obrigação tributária.

Os fatos geradores podem ser instantâneos ou complexos, segundo o período de sua formação, que pode restringir-se a fato isolado ocorrido em determinado dia, ou uma sucessão de fatos parciais que ocorram em determinado período, uma semana,

18 Decreto nº 91.030, de 5 de outubro de 1985, art. 86.

19 N. do A.: uma expressão “técnica” utilizada na lei original (Decreto-Lei nº 37/1966) foi repetida pelos regulamentos que se seguiram, causando certa confusão interpretativa que vamos tratar neste trabalho; o art. 73 do atual RA diz: “Para efeito de cálculo do imposto, *considera-se ocorrido o fato gerador* [...]”, e dispõe as várias hipóteses, inclusive a entrada no território aduaneiro, mantendo a dúvida (confusão) doutrinária assinalada.

20 Decreto nº 4.543, de 26.12.2002; regulamenta as atividades aduaneiras e a tributação de comércio exterior.

um mês, uma fração de ano qualquer ou todo o ano (neste caso coincidente com o ano civil). O fato gerador é *instantâneo* quando é individualizado, enquadrando-se a sua *eclosão instantânea* em determinado dia do ano-calendário. Fato gerador *complexo* é aquele que se completa após o decurso de um período maior de tempo. Assim, temos no primeiro modelo os impostos aduaneiros e no segundo, por exemplo, o imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

Explica Bernardo Ribeiro de Moraes²¹: “O elemento temporal é representado pelo espaço de tempo ou o momento que se deve levar em conta para a concretização do fato gerador da respectiva obrigação. Esse elemento indica o momento em que se deve considerar concretizado o fato gerador da respectiva obrigação. Se a lei tributária não explicar esse elemento temporal, entende-se que o momento a ser considerado é o da concretização do pressuposto de fato (o elemento temporal acha-se, aqui, implícito)”.

Com relação ao fato gerador do imposto de importação, apesar das dúvidas doutrinária e semântica, o mesmo é instantâneo, pois a sua hipótese de incidência não define o momento específico da sua ocorrência. Além do que, tratando-se os direitos aduaneiros de tributação indireta, lembre-se de que seus similares têm fato gerador instantâneo.

Vale a pena agora transcrever longo trecho de autor que, além da sua qualificação acadêmica, acrescentava a condição de técnico do Ministério da Fazenda, O. R. Paiva²²:

“Uma vez introduzidas as mercadorias no território nacional, ficam elas, em princípio, sob o império da legislação brasileira, em virtude do que será legítima qualquer atividade vinculada que vise ao seu controle aduaneiro. Em razão disso é que o Código Tributário Nacional, em seu art. 19, designa a sua entrada no país como sendo o fato gerador do imposto de importação.

Todavia, esse acontecimento, por si só, em que pese ser reconhecido como necessário, não é, todavia, suficiente para gerar a obrigação tributária, posto que a apuração desta depende da exteriorização de outros atos, sem os quais a referida obrigação fica desprotegida de juridicidade que lhe dê eficácia. Esses atos de exteriorização podem, eventualmente, determinar o aparecimento de outra figura diferente da relação jurídica tributária material, como é o caso, por exemplo, de mercadorias submetidas a regimes aduaneiros especiais.

Não soa, pois, sem *substratum* jurídico a norma do art. 23 do Decreto-Lei nº 37/1966, que desloca para o instante de registro de Declaração de Importação no órgão competente a ocorrência do fato gerador. Neste exato momento é que o contribuinte (o importador ou quem a ele a lei equiparar) consolida seu intento de fazer permanecer no país as mercadorias importadas, dando-lhes a destinação (consumo) definitiva, de que resulta o fundamento de sua tributação. Outra não poderia ser, pois, a data fixada pela legislação ordinária (Decreto-Lei nº 37/1966, art. 23), à qual, no caso, se reconhece possuída de poderes para ditar

21 *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1997. p. 343.

22 *Elemento temporal do fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977. p. 18.

tal comportamento, sem que isso possa ser tomado como afronta aos ditames do CTN, que, como lei complementar, tem força constitucional para editar apenas normas gerais.

A entrada da mercadoria no território nacional, por outro lado, pode ser presumida (em oposição à entrada real), nos casos em que, não obstante figurando no manifesto de carga, não for apurada a sua existência física. Esta circunstância não elide o fato gerador que, nesse caso, se considera ocorrido à data em que a autoridade competente apurar a falta da mercadoria ou dessa falta tiver conhecimento (Decreto-Lei nº 37/1966, art. 1º, parágrafo único, e art. 23, parágrafo único).

Será também presumida a entrada de mercadorias realizada como desvio de rota, isto é, quando o veículo transportador (navio, aeronave, veículo terrestre) não ingressar no país pelas vias usuais ao comércio internacional, ou seja, através de pontos prefixados que, via de regra, correspondem a locais que se considerem alfandegados (Decreto-Lei nº 37/1966, art. 37; Código Brasileiro do Ar – Decreto-Lei nº 32/1966, art. 67). Na verificação dessa hipótese, o fato gerador se considera desde logo ocorrido.

Decorre, do exposto, que qualquer outro acontecimento (v.g., emissão da guia de importação, fechamento de câmbio, embarque das mercadorias, etc.), diferente dos assinalados, deve ser tomado como destituído de relevância para marcar a aquisição de direito, que apenas se configura com a constituição do respectivo crédito tributário.”

Esse texto serve de demonstração da controvérsia provocada pela expressão *pretérita* mencionada: com o registro da DI, *considera-se ocorrido o fato gerador*, mesmo porque, quando um importador comparece ao balcão da Alfândega e registra a DI (documento que descreve minuciosamente a mercadoria que lhe é objeto), existindo a mercadoria, isto é, não sendo a Declaração falsa ou equivocada, é evidente que o fato gerador da obrigação, que ocorre com a *entrada da mercadoria no território aduaneiro*, já tenha *ocorrido*, senão ela não estaria depositada à disposição do seu legítimo proprietário, o importador.

O autor citado reconhece que a ocorrência do fato gerador do imposto de importação, *ex lege*, é a sua entrada no território nacional. Isto configura uma ocorrência de caráter instantâneo, pois a entrada de um veículo em território nacional conduzindo mercadoria estrangeira não pode ocorrer em etapas. Ultrapassada a fronteira, instantaneamente o fato gerador ocorre para as mercadorias embarcadas em qualquer tipo de veículo, aéreo, marítimo, fluvial, lacustre ou terrestre, e não apenas aquelas mercadorias que venham a ser, no futuro, quando depositadas em armazém alfandegado, *despachadas para consumo*, mas para qualquer tipo de mercadoria entrada, exceto as *em trânsito internacional*. Essa é a norma internacional, reconhecida pela OMC²³.

Na prática, todas as mercadorias e seus respectivos veículos transportadores, ao ser ultrapassada a fronteira, ficam sob o império e ordem da Fazenda Nacional, vale

23 OMC, Organização Mundial do Comércio.

dizer, sob seu controle, exatamente para que sejam tomadas as providências necessárias à identificação das mercadorias atingidas pela ocorrência do fato gerador, quais sejam, as destinadas à internação no território aduaneiro; todas as constatações resultantes desta ocorrência serão *a posteriori*, conquanto tenham como marco de eficácia juridico-tributária o *momento* de entrada do veículo transportador em território nacional.

Em contradição a isto, o autor transcrito, em seguida, aceita o registro da DI, como referido no art. 23 do Decreto-Lei nº 37/1966, como elemento integrante do fato gerador sem atentar, *v.g.*, para o verdadeiro significado, *pretérito*, da expressão.

Ora, a ocorrência do fato gerador diz respeito ao nascimento da *obrigação tributária*, enquanto o registro da DI, que se refere a uma das hipóteses de importação, ainda que a mais freqüente, qual seja, a *despachada para consumo*, diz respeito ao *lançamento*, momento inicial da substituição da figura da *obrigação tributária*, presumida pela ocorrência do fato gerador, pela do *crédito tributário* – imediatamente após a identificação do importador e determinação da mercadoria sobre a qual incide o tributo, com o registro da DI.

Esse momento diz respeito à constituição do *crédito tributário* que, como sabemos, delimita a fase anterior, referente à ocorrência do fato gerador, dando início ao *lançamento* – ato constitutivo do crédito –, como dispõe o art. 147 combinado com o art. 150 do CTN.

Enfim, como ligar o fato gerador ao lançamento, vale dizer, o momento de eclosão da *obrigação tributária* com o *crédito tributário*, para que haja eficácia jurídica? Esse liame é estabelecido claramente pelo art. 144 e parágrafos do CTN, do qual transcrevo, por ênfase, o *caput*:

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revigorada.”

4 OUTROS COMPONENTES DOS TRIBUTOS ADUANEIROS

Vale a pena, para deixar mais clara nossa posição, dar uma passada pelos outros componentes destes impostos que, de alguma forma, interferem na compreensão da nossa exposição.

4.1 Sujeição ativa e passiva

O primeiro elemento da obrigação tributária é o *sujeito ativo*, que é quem tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação, o *credor*, é o Estado: somente as entidades públicas dotadas de poder legislativo é que podem ser sujeitos ativos originários de obrigações tributárias – a União, os Estados e os Municípios.

O segundo elemento é o *sujeito passivo* ou *devedor*, que é aquele obrigado a cumprir a prestação que constitui o objeto da obrigação, isto é, quem deva cumprir a obrigação prestacional, principal ou acessória, fixada em lei.

No caso do imposto de importação, o contribuinte do imposto é o importador, o destinatário de remessa postal internacional e o adquirente de mercadoria entrepostada (cf. art. 103 do RA).

No caso do imposto de exportação o exportador, ou seja, qualquer pessoa que promova a saída de mercadoria do território aduaneiro (cf. art. 217 do RA).

Nada de novo. A questão a ser sublinhada, todavia, diz respeito ao sujeito ativo da obrigação tributária no caso dos impostos aduaneiros.

Como vimos, a União é o ente competente para lançar e gerir os impostos aduaneiros.

Nem sempre foi assim, dado que até a Constituição de 1946²⁴ o imposto de exportação era da competência dos Estados. Esta competência veio até a discriminação estatuída em 1966²⁵. A passagem deste imposto para a competência exclusiva da União, a despeito dos problemas de natureza financeira gerados, e por resolver até hoje, trouxe ordem a casa. Comércio exterior, afinal, deve ser da competência da União.

Quanto ao imposto de importação, que sempre foi administrado pelo poder central, a modernidade foi se extrair dele o caráter de provedor do tesouro, altamente nocivo à economia interna pelas distorções que provoca, gravando os preços dos produtos importados. Esta tarefa deve ser reservada aos impostos internos, como o imposto sobre produtos industrializados (IPI), antigo imposto de consumo e o imposto estadual sobre a circulação de mercadorias (ICMS). Esses impostos cogitam-se na reforma tributária em discussão transformá-los em um novo e moderno imposto sobre o valor agregado, único e de vigência compartilhada entre Estados e União. Isto feito, se não incluído de início, o atual imposto municipal sobre serviços (ISS) deverá igualmente ser fundido aos outros dois dada a sua natureza indireta símile.

Verifica-se que, em uma reforma tributária, deveria ser cogitada uma nova face para a tributação aduaneira, seja nas importações, seja nas exportações.

Há no ar uma certa *vontade* de tirar-se da administração do Ministério da Fazenda os tributos aduaneiros, que seriam cometidos ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Dado o fato de que esses impostos devem ter caráter estritamente regulatório, a idéia da descentralização da sua arrecadação soa moderna, consentânea com uma novel e ampla reforma neste importante setor da Administração Pública.

No entanto, deveria ser rompida a tradição alterando-se o quadro constitucional-tributário. A questão está em que os recursos oriundos da imposição tributária aduaneira deveriam ser, atendendo o caráter regulatório mencionado, estritamente vinculados.

24 Constituição de 1946, art. 19, V.

25 CTN, art. 23.

Mas como vinculá-los? À luz do atual texto constitucional, isto só seria possível se esses tributos fossem transformados em contribuição, em forma assemelhada à contribuição de melhoria ou às contribuições sociais.

Está claro que não seria uma solução adequada, pois o caráter impositivo, coercitivo deles não se enquadra ao gênero contribuição, até porque sua utilização seria inevitavelmente difusa, ainda que restrita à área do comércio exterior.

Aí entra a questão título deste trabalho. Direitos aduaneiros. Essa deveria ser a nomenclatura constitucional, aumentando-se, portanto, a relação dos tributos, que passariam a ser quatro, em lugar dos atuais três: I – impostos; II – taxas; III – contribuição de melhoria; IV – direitos aduaneiros, de competência exclusiva da União.

Na modificação alvitrada não cogitamos da questão técnica. A competência exclusiva da União na instituição desse novo tributo, ressalvada na redação do *inciso IV* sugerida, por razão de técnica constitucional, poderia ser estabelecida no corpo dos Princípios Gerais do Sistema Tributário Nacional, nos moldes das contribuições sociais (art. 149)²⁶.

Na institucionalização, em lei complementar, a administração e a arrecadação receberiam tratamento especial, estritamente vinculado aos gastos e financiamentos do comércio exterior, sobretudo o de exportações, e a cargo do atual Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, ou, mais propriamente, a um novo Ministério do Comércio Exterior, exclusivo, em razão do inevitável gigantismo causado pela nova e importantíssima função.

O principal seria extrair sua receita tributária do *perigoso* caixa geral federal, sorvedouro que a tudo distorce, como distorcida foi a cobrança da contribuição provisória sobre a movimentação financeira, criada na gestão como Ministro da Saúde do eminente médico Dr. Adib Domingos Jatene e destinada, vinculada como é próprio dos tributos denominados contribuições, à saúde em geral e à medicina preventiva em particular. Com os recursos, endemias – como a da dengue, a da febre maculosa, entre outras, seriam evitadas.

A situação atual deste tributo, então, revela absoluta distorção, já que a contribuição de há muito deveria ter sido transformada em imposto, dado ser tecnicamente a forma que ostenta hoje; mas é mantida como contribuição sem a obrigatória destinação vinculada para abastecer o Tesouro em detrimento da partilha com Estados e Municípios, devida se imposto fosse.

4.2 Incidência

Os impostos aduaneiros incidem sobre a mercadoria estrangeira²⁷ ou nacional, conforme se trate de importação ou exportação.

26 Constituição Federal, Título VI, Cap. I, Do Sistema Tributário Nacional, Seção I, Dos princípios gerais.

27 RA, Decreto nº 4.543/2002, art. 69.

A incidência acontece quando o tributo é devido por ter ocorrido o respectivo fato gerador. É a transformação deste de hipótese de incidência em incidência propriamente dita, concreta; isto é, esta passagem acontece precisamente no momento em que a obrigação tributária oriunda da ocorrência do fato gerador é substituída pelo crédito tributário, ou por ato tendente a apurá-lo, em procedimento denominado, como já vimos, lançamento (CTN, basicamente, arts. 142, 147 e 150 e complementos). Neste preciso momento, reiteramos, em que a obrigação tributária transforma-se em crédito tributário, inicia-se a identificação do contribuinte ou responsável tributário, o tipo de incidência, se pessoal, direta, ou se objetiva, indireta, e a apuração do *quantum* a pagar, se débito houver. Em matéria aduaneira, esta última afirmativa é constante, dada a natureza regulatória dos impostos.

Aqui vale a pena observar que a regulamentação do imposto de exportação funciona em conjunto com a da importação – ressalvadas, é claro, as normas específicas –, como uma imagem no espelho, reflexo a menos importante da mais importante. Este talvez seja também um dos defeitos da administração desses tributos pelo Ministério da Fazenda, porque o imposto de importação, de forma indevida ou não, é tratado no conjunto dos impostos que abastecem o erário, refletindo sua administração e típica burocracia sobre o de exportação, que deveria economicamente merecer o tratamento prioritário, regulamentação inteiramente especial.

4.3 Crédito tributário

A cada obrigação tributária corresponde um respectivo crédito tributário, sendo este um direito cuja origem e forma de exercício está regulada em lei. O crédito tributário corresponde ao lado ativo da obrigação que lhe dá origem, nascendo ao se estabelecer a relação jurídica entre sujeitos ativo e passivo diante da ocorrência do fato gerador. Cabe esclarecer que o nascimento do crédito tributário em regra não coincide com o momento de seu vencimento e pagamento. O crédito tributário decorre da obrigação tributária. Uma vez existindo essa, a transformação dela em crédito tributário é inevitável.

O crédito tributário, para Aliomar Baleeiro²⁸, “nasce da obrigação e é consequência dela”; para Ruy Barbosa Nogueira²⁹, na estrita acepção do art. 139 do CTN, ele “tem a mesma natureza da obrigação, por ser dela decorrente ou extraído”. Enfim, é da obrigação tributária, formalizada com o lançamento, que se constitui o crédito tributário.

O problema a discutir é a *natureza jurídica do lançamento*. Duas correntes pontificam e se opõem. De um lado, de raiz européia, fundada nos ensinamentos de autores como Gaston Jèze, francês, Ingresso, italiano, von Myrbach, alemão, entre outros, defende o ponto de vista de que a obrigação tributária nasce do lançamento, isto é, o ato administrativo do lançamento é ato jurídico constitutivo da obrigação

28 *Direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 439.

29 *Op. cit.*, p. 294/5.

independentemente da ocorrência do fato gerador, sendo o crédito tributário mera consequência dele. O lançamento assim produziria efeitos *ex nunc*, vale dizer, praticado cria, modifica ou extingue direitos, consubstanciados no crédito tributário que gera, a partir do início de seu procedimento.

A corrente oposta amplamente dominante no Brasil sustentada, entre outros, por luminares como Rubens Gomes de Sousa, Aliomar Baleeiro, Gerson Augusto da Silva, Gilberto Ulhoa Canto, Ruy Barbosa Nogueira, além de inúmeros estrangeiros, como Pugliese, Jarach, Giannini, Albert Hensel, esposam a natureza declaratória do lançamento. O ato declaratório, juridicamente considerado, não tem o poder de criar, extinguir nem alterar direitos. Tão-somente os esclarece, os reconhece se já existentes, enfim, os *declara*, dependendo assim sua eficácia da sua publicidade. Por esta ótica, vemos transformar-se o conceito referente ao lançamento, furtando-se-lhe parte da solenidade e subjugando-o a outro ato constitutivo, na espécie, a ocorrência prévia do fato gerador previsto em hipótese, *in abstracto*, na lei.

Esta problemática geral, todavia, adquire contornos especiais na área de incidência dos direitos aduaneiros de importação. Como o fato gerador do imposto, como vimos, é a entrada da mercadoria no território aduaneiro, esse fato está sempre apartado, e por vezes, muito apartado, do início do procedimento de lançamento.

Imaginemos uma mercadoria embarcada em um navio cargueiro que, quando ainda em alto mar, ingressando em águas territoriais brasileiras, sobre ela recaia o efeito da ocorrência do fato gerador conforme a lei o determina. O passo seguinte, capaz de extinguir o fato gerador substituído pelo nascimento da obrigação tributária que lhe corresponda, só acontecerá um considerável tempo depois. Essa dificuldade se resolve seguindo-se, evidentemente, a segunda das correntes doutrinárias expostas e causa visível desconforto ao entendimento lógico de boa parte dos tributaristas.

A lei assim dispõe com o propósito de salvaguardar o império da Fazenda Nacional sobre toda e qualquer mercadoria que adentre o território aduaneiro, até que seu olho clínico se debruce sobre ela e decida sobre sua legalidade.

Para nós, todavia, parece tratar-se de um *segredo de polichinelo*, de uma questão semântica, como alvitramos no Capítulo 3 deste. O momento determinado pela lei como ponto de partida para o despacho aduaneiro de mercadoria destinada a consumo interno no País usando a expressão “considera-se ocorrido o fato gerador na data do registro da declaração de importação de mercadoria submetida a despacho para consumo”³⁰ diz respeito, na realidade, ao *momento da incidência in concreto* do eventual tributo a cobrar, sobre a mercadoria em processo de despacho. Na verdade, o início do *lançamento do imposto*, como claramente se infere do disposto no § 1º do art. 485 do RA, que neste caso se inicia com o registro, na repartição competente, da declaração de importação (DI).

Não obstante, sobre a matéria, tanto discutida por especialistas, existe um acórdão do Conselho de Contribuintes que decidiu que o fato gerador do imposto de importação,

30 RA, art. 73 e inciso I.

sem meias palavras, ocorre no momento do registro da Declaração de Importação³¹, em desacordo com o nosso entendimento.

Vê-se que a questiúncula doutrinária acaba invadindo a área própria à juricidade, influenciando, com os desacertos dos “especialistas” – e isto não é incomum –, as decisões judiciais, em geral prolatadas por juízes doutos, mas não técnicos.

5 ISENÇÕES E REDUÇÕES TRIBUTÁRIAS NA ÁREA ADUANEIRA

Este é um setor chave para a perfeita compreensão da matéria como a vimos tratando até aqui. Na hora do Estado erguer a pesada mão fiscal, entende-se melhor porque se deve qualificar a tributação aduaneira pelo título de *direitos* em lugar de *impostos*. É evidente que o imposto, consoante a exata definição de Jêze, “é uma prestação pecuniária exigida dos particulares por meio de autoridade, a título definitivo e sem contrapartida, tendo em vista a cobertura dos encargos públicos”. Tudo o que a imposição aduaneira não é, ou não deve ser.

Em primeiro lugar, entenda-se a diferença entre a isenção subjetiva, aquela prevista em razão da pessoa e que o RA trata como isenção vinculada em seu art. 123, e isenção objetiva, aquela prevista em razão da utilização ou da destinação do objeto com fim econômico, uma vez que se dirige à coisa. No campo das importações, todavia, as isenções aplicadas ao produto ou matéria se condicionam, salvo exceções, ao efetivo emprego na finalidade para que foram importadas. Têm, portanto, uma característica mista, já que a pessoa que detém a titularidade do bem responde pelo eventual inadimplemento da condição *isencional*.

Preocupante é a questão atinente às isenções do imposto de importação, principalmente no que diz respeito às concedidas aos entes públicos, suas autarquias e demais entidades de direito público e às instituições científicas, educacionais e de assistência social. Esta matéria, que nas demais rubricas tributárias representam simplesmente renúncia fiscal, na área aduaneira adquire contornos ligados à própria função do imposto, considerado tecnicamente como *cobrança de direitos*, o que significa claramente ter a imposição estrito caráter regulatório. Assim, as isenções – longe de significar renúncia fiscal, mesmo porque a arrecadação aduaneira deve (ou deveria) ser considerada como mero acidente tributário – funcionam aqui inseridas no mais importante campo econômico do comércio exterior, o da complementação harmônica entre as necessidades internas de importar, sobretudo insumos, matérias-primas, máquinas e equipamentos, e o desempenho de exportações, estas indispensáveis para o sucesso qualitativo daquelas.

O estudo desta área aduaneira realça o entendimento deste tributo como exercício de cobrança de meros *direitos*, ligados ao desempenho econômico e social de um povo, e ao próprio exercício da sua soberania.

31 ROCHA, P. C. A. *Regulamento aduaneiro anotado*. 7. ed. São Paulo: Aduaneiras. nota 2 ao art. 72, 2004. p. 113.

As isenções de maior importância são as de natureza econômica quando, funcionando como taxa zero ou reduzida, contempla mercadorias de valor exponencial para o funcionamento dos mercados interno ou exportador, em institutos que vão desde a isenção pura, passando pelos casos de admissão temporária, até o instituto do *drawback*, amplamente utilizado por exportadores.

Os atos internacionais, em matéria de comércio exterior, podem contemplar acordos tarifários, os quais podem prever redução ou eliminação das alíquotas normais. Elas não constituem isenções propriamente ditas, pois se aplicam apenas na fixação de alíquotas vigentes nas relações comerciais intersignatários; constitui-se em alíquotas zero ou em outras menores do que as normais, válidas apenas no âmbito internacional abrangido pelo tratado que lhes deu origem e que se impõem, não pela isenção, mas sim pela força do próprio ato contratual.

6 A QUESTÃO DA TRIBUTAÇÃO DE EXPORTAÇÕES

O imposto de exportação incide sobre a mercadoria nacional ou nacionalizada destinada ao exterior, entendendo-se por esta última a estrangeira importada a título definitivo, e tem como fato gerador sua saída do território aduaneiro. O tributo é da competência tributária da União.

O registro da guia de exportação no Sistema Integrado de Comércio Exterior – Siscomex – é requisito básico para que ocorra o despacho aduaneiro de exportação, reexportação e exportação temporária.

Vê-se, desde logo, que este imposto funciona à imagem e semelhança do seu congêneres de importação, administrativa e tributariamente. E este talvez seja o primeiro defeito no tratamento que lhe é dispensado. Sendo assim, o próprio RA a ele se aplica com as regras da importação, salvo nos dispositivos que dele tratam de forma específica.

O primeiro e grave inconveniente é que a burocracia exigida nas importações, cujos problemas de segurança avultam, acabam por complicar o procedimento dos despachos de exportação, entretendo exageradamente a via. Isto considerando que o tributo é de imposição quase inexistente.

A utilização do tributo, muitas vezes, justifica-se para corrigir distorções internas como, por exemplo, o sacrifício do mercado consumidor interno, para exportar. Não raramente o governo é obrigado a intervir, inclusive fomentado importações para suprir o mercado interno eventualmente desabastecido.

Esta prática é comum em nações subdesenvolvidas que geralmente são obrigadas, para acumular divisas, a exportar gêneros de primeira necessidade que fatalmente causarão sofrimento, escassez, inflação.

A cultura que nos tem sido imposta é a de que *exportar é a solução*. As idéias neoliberais das últimas décadas vêm sublinhando essa prática. Em termos gerais, a afirmação é válida. Mas não pode estar à mercê de uma política cegamente voltada para esse objetivo, se praticada à custa da carência e da fome do povo.

A postura não é nova. Vimos na introdução deste o pronunciamento do Tesoureiro-Mor da Corte Imperial no Rio de Janeiro em representação encaminhada ao então Príncipe-Regente do Brasil-Colônia, D. Pedro, em 1818, afirmando que *tributar exportações, ainda que com alíquota de 2 % (dois por cento), era prática irracional e antieconômica*; e frisava ainda que as nações estrangeiras premiavam os exportadores em lugar de gravá-los. Esse entendimento, portanto, vem de longe.

Mas a questão não é bem esta. Na verdade, além do problema de equilíbrio do consumo e produção interna, há a considerar a própria distribuição da riqueza, ponto de honra de nosso atual estágio de desenvolvimento econômico. Há casos em que o exportador, verdadeiramente, locupleta-se com os dividendos de suas exportações em proveito pessoal e em detrimento da sociedade que, em seu conjunto, colabora com o processo produtivo exportador, até com o sacrifício de seu bem-estar.

Exemplifique-se, à guisa de ilustração, com dois casos notórios. Primeiro, o da indústria açucareira que, depois de se beneficiar e crescer com o programa nacional do álcool combustível, no exato momento em que os preços internacionais do açúcar se tornam atraentes, abandonam o mercado alcooleiro para enriquecer com o mercado exterior favorável.

Segundo, o velho caso da monocultura do café. Até há uns quarenta anos, o Brasil tinha em sua pauta de exportações uma mercadoria absolutamente dominante, que era o café. E mais: o grosso da produção para exportação originava-se do Estado de São Paulo. Os paulistas, então, dominavam inclusive a produção de Estados vizinhos, como o Paraná e Minas Gerais. Era o tempo que o Brasil vivia, no comércio internacional, à custa da *monocultura do café*.

Naquele tempo, o resultado de toda uma política exportadora cafeeira se depositaria financeiramente nas mãos de uns poucos fazendeiros e dos agentes de exportação, não fosse o *confisco cambial*, praticado como imposição tributária de um disfarçado imposto de exportação e administrado pela União com a finalidade precípua de financiar o comércio exterior.

O *confisco cambial*, expressão artificiosa criada para evitar conflito com os Estados, já que a eles caberia a imposição se tributária fosse, dado que a discriminação constitucional lhes destinava esse tributo, funcionava como um meio de o País, às custas das receitas geradas pelas exportações da chamada *monocultura*, financiar suas importações e, indiretamente, produzir uma verdadeira desconcentração da renda nacional acumulada pela economia paulista.

Portanto, o imposto de exportação, funcionando como elemento financeiro regulador do comércio externo do País, bem administrado, gerando reservas técnicas especiais para enfrentamento das oscilações do perigoso comércio exterior, pode perfeitamente se justificar e ser cobrado.

CONCLUSÃO

O fato gerador do imposto de importação, a despeito de controvérsia que inclui especialistas da área, não ocorre, sob o aspecto temporal, em forma continuada – o que

se constituiria em verdadeira aberração doutrinária. Nem comporta dualidade conceitual, hipótese igualmente absurda: para certos casos em forma instantânea, caso do contrabando, em outros continuada, caso das mercadorias regularmente importadas e destinadas ao consumo. O fato gerador do imposto de importação definitivamente *é a sua entrada no território nacional*, e nem poderia ser diferente; é por isso mesmo que o jargão técnico-alfandegário *território aduaneiro*, dividido em zonas primária e secundária, pôde substituir a expressão do CTN³², nacional.

Resumindo, pode-se enumerar os fatos relacionados:

1. Entrada da mercadoria em território aduaneiro (nacional) por qualquer via de transporte – *ocorrência do fato gerador da obrigação tributária*;
2. Decurso de tempo entre a ocorrência do fato gerador e o momento de incidência pelo registro da DI de mercadoria destinada a consumo, pela identificação do importador, da procedência, dos diversos tipos de licenciamento prévio – *a obrigação tributária permanece suspensa, conquanto imanente à mercadoria*;
3. Registro da declaração de importação preenchida e apresentada, com os eventuais impostos devidos calculados e pagos, à repartição pelo importador – *momento de incidência e início do procedimento de lançamento do crédito tributário*;
4. Transformação da obrigação tributária em crédito tributário – *lançamento e despacho aduaneiro para consumo*.

Desta forma, verifica-se que a expressão utilizada pela lei aduaneira “considera-se ocorrido o fato gerador” referindo-se ao momento do registro da DI na repartição aduaneira quando se tratar de mercadoria despachada para consumo³³ refere-se ao momento inequívoco em que o procedimento de lançamento se inicia, deixando de existir a figura da *obrigação tributária*, substituída pelo seu correspondente *crédito tributário*. A expressão foi escolhida – talvez mal escolhida – pelo legislador para dizer que, com o registro da DI, não há mais que se falar ou discutir a ocorrência do fato gerador, ato pretérito, mas indispensável para legitimar o processo de liberação da mercadoria importada, tributada ou não, e sua entrega ao seu, a qualquer título, adquirente, para consumo.

Aliás, a rigor, como já vimos demonstrando, o imposto de importação não é tipicamente um imposto, porque lhe refoge características fundamentais para defini-lo como tal. Um imposto é coercitivo e visa arrecadar receita para o tesouro, tem o fato gerador eleito entre várias possibilidades e momentos na seqüência factual fixada em lei como fenômeno econômico ou jurídico tributável. No caso de impostos indiretos como o IPI e o ICMS³⁴, o fato gerador ocorre com a saída da mercadoria do estabeleci-

32 Lei nº 5.172/1966, art. 19.

33 Decreto-Lei nº 37/1966, art. 23.

34 N. do A.: Respectivamente, Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.

mento produtor ou comercial para consumo e circulação ou ocorrência similar, hipóteses previstas em lei. Em casos especiais, como no da substituição tributária, ele pode ocorrer pela entrada da mercadoria no estabelecimento. Mas poderia, perfeitamente, desde que previsto em lei – a ocorrência genérica dos fatos geradores dos impostos referidos –, dar-se de forma e em momentos diferentes, como na entrada da mercadoria para o acervo do adquirente (exemplo retro) – forma invertida e momento outro ao previsto pela lei vigente –, ou no momento em que a mesma, em produção, fosse transferida de um para outro setor do estabelecimento produtor (hipótese usada para o imposto de consumo durante muito tempo na França), ou, ainda dentro da fábrica, quando transferida do setor de produção para o de estocagem (hipótese adotada para alguns na Alemanha). Nestes casos, modificados seriam os locais exatos e os momentos de incidência dos impostos, mas mantida sua estrutura jurídica.

Pois bem. No caso do imposto de importação, essas alternativas, por inúmeros motivos técnicos e doutrinários, seriam impensáveis. Para a própria segurança do sensível ambiente do comércio exterior, a ocorrência tem de ser *instantânea* com a entrada da mercadoria no interior do território aduaneiro, quando passa à guarda, ao império da nação importadora. E o *direito* sobre a mercadoria eventualmente gerado *in pecunia*, na melhor forma de um tributo de caráter *regulatório*, pode tanto ser *lançado* como obrigação tributária imediatamente ou muito tempo após a ocorrência factual, fixando o *quantum* a recolher à conta do tesouro (às vezes, em processos especiais, anos depois), como pode sofrer inúmeros outros tratamentos aduaneiros, como a isenção, a redução de direitos, ou a suspensão da imposição tributária. Ainda, e importantíssimo, ser apreendida e oferecida em leilão, ou destruída, ou adjudicada à Fazenda Nacional, se encontrada em condições irregulares dentro do território aduaneiro.

Na verdade, universalmente os direitos aduaneiros são em regra suspensos, logo após a ocorrência do fato gerador, caso a caso, para que se apure, antes de qualquer providência de lançamento do crédito tributário, qual a condição que envolve a importação, sua real motivação econômica, se amparada em tratado assinado pelo país, se para consumo ou ser utilizada dentro da zona primária, se para compor-se em mercadoria a ser exportada (*draw-back*), se para simples depósito em regime de entrepostamento aduaneiro para futura comercialização, interna ou externa, se para consumo de bordo de veículo internacional, se para consumo em locais diplomáticos (neste caso considerados território estrangeiro dentro do território aduaneiro), se para compor estoque de *free-shops*, entre outras incontáveis hipóteses.

A tendência mundial é a da eliminação das alíquotas positivas, isto é, aquelas que gravam e obstaculizam o livre comércio entre nações, ou funcionam apenas para regular economicamente e de forma indireta as importações. Um longo processo de redução e eliminação desses direitos está em curso e vem sendo incrementado pelo comércio internacional há anos, através de acordos bilaterais, tratamento de *nação mais favorecida*, formação de zonas de livre comércio e mercados comuns – de modo a restar, no futuro, o direito *in pecunia* apenas para casos penais. A regulação econômica do mercado interno recairá sobre tratamentos administrativos, como os de *contingenciamento*, desonerados de pecúnia. Esta a tendência moderna, ou pós-

moderna, usando expressão mais atual, dado que no caso significa realmente *tendência futura*, da qual, parece, a humanidade não conseguirá se afastar.

Sabemos que, em termos internacionais, estamos muito longe da almejada *aldeia global*: os interesses econômicos e financeiros freqüentemente sórdidos continuam a ser a regra, as discrepâncias econômicas entre as nações continuam profundas, a densidade demográfica mundial ainda se expande vertiginosamente... Mas resta-nos enunciar, como Aristóteles em relação ao supremo bem ou a felicidade, que tão importante quanto atingi-la é buscá-la.

Por essas importantíssimas razões, os impostos aduaneiros devem, primariamente, ser compreendidos como mera cobrança de *direitos*, em que as definições de *imposto* não se lhes apliquem por inteiro. Só interessa neles o seu aspecto regulador, de salvaguarda e proteção econômica soberana das nações, e por isso mesmo alvitramos a sua inclusão, com denominação própria e em apartado, no rol constitucional dos tributos, sob a sua consagrada e tradicional denominação de *direitos aduaneiros*, ou *alfandegários*, de competência exclusiva da União, único ente público que pode regê-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, 1992.
- ATALIBA, G. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *Hipótese de incidência tributária*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BALEEIRO, A. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- BEZERRA, A. S. *As tarifas internas da primeira república*. Brasília: ESAF, 1986.
- CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DEODATO, A. *Manual de ciência das finanças*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.
- FERREIRA, B. *A história da tributação no Brasil – causa e efeitos*. Brasília: Senado Federal, 1986.
- MORAES, B. R. de. *Compêndio de direito tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NOGUEIRA, P. R. C. *Do imposto sobre produtos industrializados – produtos selecionados*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- NOGUEIRA, R. B. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- PAIVA, O. R. *Elemento temporal do fato gerador da obrigação tributária*. São Paulo: Res. Tributária, 1977.
- REALE, M. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ROCHA, P. C. A. *Regulamento aduaneiro anotado – Decreto nº 4.543/2002*. 7. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- SIMÕES, N. et al. *Regulamento aduaneiro anotado – Decreto nº 91.030/1985*. São Paulo: Res. Tributária, 1989.
- VIVEIROS DE CASTRO, A. O. *História tributária do Brasil*. 2. ed. Brasília: ESAF, 1989.

O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E SEU DESCUMPRIMENTO

Mauro Cabral dos Santos

Promotor de Justiça Criminal do Estado de São Paulo, Professor de
Direito Processual Penal no Curso de Direito da Faculdade de Campo
Limpo Paulista – Faccamp.

SUMÁRIO: 1 Crimes de menor potencial ofensivo; 2 A transação penal; 3 A decisão judicial; 4 O descumprimento da transação penal; Referências bibliográficas.

RESUMO: A transação penal, instituto previsto na Lei nº 9.099/1995, acabou por trazer uma série de benefícios ao autor de fato típico e antijurídico e à própria justiça. Entretanto, o seu descumprimento gerou a dúvida de executar ou denunciar. Este trabalho visa mostrar que o caminho mais correto a seguir é o do oferecimento da denúncia, em nome do princípio da obrigatoriedade vigente no nosso ordenamento processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: descumprimento; transação penal.

1 CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Face a constante necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, criaram-se os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, posteriormente alterada pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, instituiu diversas modificações no rito processual dos crimes de menor potencial ofensivo, instituindo o rito sumaríssimo, visando, com isto, a uma maior agilização nesses processos criminais.

São, atualmente, considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima prevista não ultrapasse dois anos, ou multa.

Dispõe o art. 2º da Lei nº 9.099/1995 que: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Vislumbra-se, desta forma, que as inovações legislativas trazidas não interferem nos princípios básicos do Direito Processual Penal, tão-somente as complementa.

O verdadeiro fundamento para a criação de rito especial aos crimes de menor potencial é para que uma pessoa que não seja afeta à prática criminosa, que por infelicidade venha a cometer um crime, não tenha seu nome maculado com eventual condenação penal.

2 A TRANSAÇÃO PENAL

Dentre todas as inovações existentes, destaca-se a possibilidade de transação penal, conforme dispõe o art. 76 da Lei nº 9.099/1995, ao dispor que: “Havendo

representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Este instituto, num dos maiores exemplos de respeito aos princípios da oralidade, simplicidade e economia processual, permite a existência de transação entre o Ministério Público e o autor do fato, evitando, desta forma, um processo penal e suas conseqüências jurídicas.

Respeitados os requisitos subjetivos e objetivos previstos em lei, o Ministério Público, o autor do fato e a defesa discutem e chegam a um consenso a respeito da medida a ser aplicada em cada caso concreto. Havendo o acordo, este é submetido ao crivo do Poder Judiciário para análise dos requisitos legais. Existindo, é proferida decisão homologatória da transação.

3 A DECISÃO JUDICIAL

Efetivado o acordo, o juiz deve apreciar se os requisitos objetivos e subjetivos para a efetivação deste encontram-se presentes. Estando, cabe ao Judiciário homologar o acordo efetuado entre as partes. Trata-se tão-somente de decisão homologatória, e não condenatória, uma vez que não se analisa o mérito. Essa decisão não gera os efeitos da reincidência, não autoriza a inclusão do nome do autor dos fatos no rol dos culpados e, também, não acarreta obrigações civis ou maus antecedentes. Nem mesmo, em face da existência da transação e da decisão homologatória, pode-se afirmar que o apontado autor dos fatos está assumindo a culpa pelo fato. Este pode aceitar a proposta por vários motivos de foro íntimo, não gerando, com isto, presunção de culpa.

Assim, como a sua aceitação não está vinculada à análise de mérito, o autor pode arrepende-se e desejar, posteriormente, ser submetido ao devido processo legal, para, então, ser discutido o mérito dos fatos.

Em virtude disto, é que pode o autor dos fatos simplesmente não cumprir o acordo, devolvendo ao Ministério Público a possibilidade de contra ele intentar uma ação penal.

Não apenas em caso de arrependimento, mas também pode o autor dos fatos simplesmente não querer cumprir a transação e, em hipótese alguma, pode ser beneficiado com tal ato.

A natureza jurídica da decisão homologatória de transação penal é apenas declaratória, e não condenatória, tendo em vista que anteriormente a ela não existe lide, nem o devido processo legal, bem como inexistente defesa técnica e também não há, ao menos, apreciação de mérito.

Seria impossível afirmar que a sentença judicial que homologa o acordo pode ser interpretada como sentença condenatória, capaz de gerar a coisa julgada material, se não houve sequer juízo sobre a tipicidade da conduta, bem como apreciação sobre sua antijuridicidade e, em certos casos, sobre a culpabilidade do agente.

Sendo a decisão que acolhe a transação penal meramente declaratória, esta faz apenas coisa julgada formal e, jamais, coisa julgada material. Tanto é assim que não há presunção de culpa do agente, e a vítima não pode utilizar tal sentença para simplesmente executá-la na esfera cível.

4 O DESCUMPRIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL

O Ministério Público efetivou a proposta de transação penal, o suposto autor do fato e seu defensor aceitaram, o juiz homologou. Gera, com isso, a obrigação do autor do fato em cumprir o que foi transacionado para que não possa vir a responder um processo criminal. Foi exatamente desse direito que abriu mão o Ministério Público ao efetivar a proposta de transação penal.

Conclui-se, portanto, que, não havendo coisa julgada material, o descumprimento do acordo celebrado acarreta a possibilidade do Ministério Público de intentar uma ação penal, através de denúncia.

Tal entendimento deriva da própria análise da transação penal. O Ministério Público aceita em não propor a ação penal, desde que o autor do fato cumpra o que foi transacionado.

Nesse sentido, leciona Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly que “eventual descumprimento deverá resultar pura e simplesmente no oferecimento da denúncia ou a adoção de procedimento preparatório para tal desiderato (p.ex., requisição de inquérito policial ou diligências necessárias ao embasamento da denúncia), retornando-se ao *status quo ante*. Sendo assim, por uma questão até de coerência com o raciocínio ora desenvolvido, forçoso reconhecer-se que a sentença homologatória da transação não faz coisa julgada material, mas tão-somente formal, e funciona unicamente como instrumento de controle jurisdicional da legalidade do acordo encetado”¹.

O acordo feito por transação é tal qual um contrato bilateral, em que o descumprimento por uma das partes a outra desobriga, nos termos da Lei Civil.

É importante considerar-se que o Ministério Público não barganha a pena, mas deixa de exercer o poder-dever de instaurar a ação penal, com a consequente exclusão do processo e, em troca, beneficia-se o Estado da multa ou a restrição de direitos aceita pelo agente.

O não-cumprimento pelo agente não reveste o Ministério Público do direito de executar a pena, mas cria-lhe o dever de instaurar a ação penal, pois exatamente isto que havia sido transacionado, afinal, segundo ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho, “se a pena transacionada foi uma medida restritiva de direitos, seu não-cumprimento torna o acordo sem efeito, instaurando-se contra o contraventor o respectivo processo”².

1 DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 65 e 66.

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997. p. 209.

Aliás, ainda há que se considerar que a multa fixada ou a restrição de direito, quando de uma transação penal, não têm natureza jurídica de pena, pois, consoante definição fornecida por Damásio Evangelista de Jesus, citando Soler, a “pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (*Derecho penal argentino*. Bueno Aires: TEA, v. 2, 1970. p. 342)³.

A restrição de direitos imposta em face da transação penal, embora tenha o caráter retributivo das penas, não é antecedida de ação penal, vale dizer, do devido processo legal, portanto não é pena, nem assim pode ser considerada.

Por esses motivos, não é executável. Não é pena e não está corporificada em título judicial ou extrajudicial, já que a sentença que acolhe a proposta não condena o agente pela prática do delito, apenas verifica e declara a razoabilidade e legalidade da transação levada a efeito pelo Ministério Público e o suposto agente.

O acordo entre as partes só pode surtir efeito quando se cumpre o estipulado, sob pena de perder-se o espírito do instituto da transação penal na Lei nº 9.099/1995. Oportuno, neste sentido, a lição de Pontes de Miranda de que “se os efeitos da declaração de vontade dependem do adimplemento da contraprestação, ou a declaração de vontade, prestada pelo Estado, não compôs o negócio jurídico, por ser necessário que outra declaração de vontade ou algum ato de credor seja emitido, ou a declaração de vontade só tem os efeitos obrigacionais ou reais após contraprestação. Esses pormenores não importam no que concerne à rescindibilidade da sentença que presta a declaração. Se, depois, deixa de ser contraprestada a declaração que se fazia mister e o prazo para ser contraprestada precluiu, tudo se passa como a respeito da oferta a que se não seguiu aceitação: o negócio jurídico bilateral não se concluiu”⁴.

Evidencia-se, assim, que o não-cumprimento da transação penal por parte do suposto agente não pode ser considerado como título a ponto de ser executado. Apenas uma consequência pode gerar, de criar ao Ministério Público o dever de promover a ação penal pública, através do oferecimento de denúncia como, aliás, reiteradas decisões jurisprudenciais existem neste sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados especiais criminais – comentários*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1991.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. VI, 1975.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997.

3 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1991, p. 457.

4 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. VI, 1975. p. 360.

DO PEDIDO COMO OBJETO DA AÇÃO

Aparecida Dias de Oliveira Formigoni

Advogada, Especialista em Direito Trabalhista, Mestra em Direitos Fundamentais, Membro de Número da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Professora da Pós-Graduação do Unifei, Professora das Disciplinas Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário, Prática Trabalhista e Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (Faccamp) e Professora da Disciplina Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia (FACP).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito; 2 Requisitos e classificação; 3 Do aditamento ao pedido; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Quando alguém invoca a prestação da tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de realizar, impositivamente, a satisfação de um interesse protegido pela ordem jurídica, ligado a um bem ou necessidade da vida, não está, como se possa imaginar, solicitando um favor ao Estado, mas, sim, exercendo um legítimo direito, assegurado pela Constituição da República. O pedido constitui o objeto da demanda, o motivo, enfim, pelo qual alguém ingressa em juízo para postular a prestação da tutela jurisdicional.

INTRODUÇÃO

Vedada, por motivos historicamente justificáveis, a autotutela de direitos ou de interesses, incumbe ao indivíduo invocar a prestação jurisdicional do Estado sempre que desejar obter o restabelecimento de um direito lesado ou afastar o risco de lesão e, ao fazê-lo, narrará, na petição inicial, os fatos, com base nos quais formulará, sob a forma de pedidos, as conseqüências jurídicas que deseja obter. Cada processo em concreto tem início quando o primeiro ato é praticado – distribuição da petição inicial (CPC, art. 263; CPP, arts. 24 e 29; CLT, art. 840, §§ 1º e 2º). Por outro lado, se esta peça não obedecer aos aspectos formais previstos na lei, ela será passível de indeferimento, causando grande prejuízo ao autor. Assim sendo, objetivamos – com este estudo – fornecer ao estudante de Direito informações essenciais e básicas acerca do pedido, uma vez que este é o objeto da ação, ou seja, Vicente Greco Filho (1997), no volume 2 do seu livro *Direito processual civil brasileiro*, ao tratar do objeto litigioso do processo, página 58, diz que:

“Várias posições doutrinárias procuraram definir de maneira diferente o objeto da relação processual. Assim, por exemplo, para Carnelutti, o objeto do processo é a composição da lide, o conflito de interesses. Na atualidade, porém, domina o entendimento de que o objeto litigioso do processo é ‘o pedido de decisão judicial contido no pedido inicial’, ou seja, a pretensão processual. O bem jurídico material pretendido pela atuação jurisdicional é o objeto da própria relação de direito material, pretendido como efeito do processo, o qual tem como objeto o próprio pedido de determinada prestação jurisdicional, que pode ser de conhecimento (condenatório, constitutivo ou declaratório), de execução (também chamado satisfativo) ou cautelar.”

1 CONCEITO

O indivíduo não invoca a tutela jurisdicional pela simples satisfação de invocá-la, mas para formular pedidos, ou seja, para obter um provimento estatal que lhes assegure um bem ou uma utilidade da vida. Esse pronunciamento da jurisdição terá efeito declaratório, constitutivo, condenatório ou executivo, conforme exigir o direito material que se deseja ver assegurado.

Por essa razão, dizemos que o objeto imediato da ação é a tutela jurisdicional e, o mediato, o pedido – bem da vida – que se formula na causa.

É certo, por outro lado, que o pedido não pode ser apresentado sem um mínimo de fundamentação, vale dizer, da indicação das razões de fato e de direito que levaram o autor a formulá-lo. A causa de pedir é, portanto, a conjugação dos fatos originários da demanda e dos fundamentos jurídicos em que se lastreia o pedido.

Um pedido sem causa de pedir conduzirá à inépcia da petição inicial, do mesmo modo inepta será essa peça quando dela constar, apenas, a causa de pedir. Assim sendo, repita-se, dos fatos e fundamentos jurídicos alegados pelo autor, devem decorrer logicamente os pedidos, numa relação de causa e efeito. O pedido deve ser expressamente formulado com clareza e precisão, uma vez que sobre ele irá recair a decisão e, conseqüentemente, a coisa julgada. É ele quem define a lide.

Assim sendo, podemos defini-lo, conforme Vicente Greco Filho¹: pedido “é o objeto do processo”. Tal definição de aparente singeleza é a que temos consagrada na doutrina pátria e que melhor serve para a sua definição. O pedido é formulado com duas extensões: em caráter imediato e caráter mediato. Alguns doutrinadores falam pedido imediato e pedido mediato, sendo o pedido imediato a pretensão do autor ao provimento jurisdicional, ou seja, a sentença de mérito e o pedido mediato a providência que traduz o bem jurídico material, qual seja, o bem da vida postulado. Assim, ainda que ambos possam estar contidos numa mesma expressão verbal que os formula, distinguem-se, pois o primeiro (o imediato) tem conteúdo processual e o segundo (o mediato), de direito material.

Pedido e requerimento, por sua vez, não se confundem. Aquele, como afirmamos, exprime a pretensão deduzida na causa; este nada mais espelha do que uma providência que se solicita ao juiz, tendente a fazer com que o acolhimento do pedido se torne possível, por exemplo: requerimento para a juntada de documentos, produção de prova pericial, inquirição de testemunhas etc. Os requerimentos se encontram, portanto, a serviço dos pedidos. Outrossim, num determinado aspecto, podemos dizer que, enquanto o pedido está ligado ao mérito da causa, o requerimento concerne ao procedimento. Se examinarmos os requisitos para a validade da petição inicial, apontados pelo art. 282 do CPC, veremos que os incisos I, II, V, VI, VII aludem ao procedimento, ao passo que os incisos III (fatos e fundamentos jurídicos do pedido) e IV (pedido) dizem respeito ao mérito.

1 Ob. cit., p. 99.

Pedido e pretensão, os doutrinadores brasileiros, nos seus manuais de processo civil, não trazem estudos substanciais sobre tais disciplinas; ao contrário, alguns asseveram que tais vocábulos são sinônimos, bem como outros nada falam a respeito, tratando apenas do vocábulo pedido como sendo o objeto do processo ou então empregam o vocábulo pretensão processual como sendo o objeto do processo. Ponderamos que tais fatos, talvez, decorram do entendimento, de ser tal distinção, sem utilidade prática, mas sim apenas de relevância acadêmica, no entender de muitos processualistas. Contudo, nada obstante tais ponderações, caso o leitor tenha interesse acadêmico sobre a matéria, o remetemos – por amor à pesquisa – aos estudos realizados pelo Professor Cândido Rangel Dinamarco e constantes do seu livro *Fundamentos do processo civil*, publicado pela Editora RT, em 1987, páginas 215/217, em que o tema é abordado com maior profundidade.

2 REQUISITOS E CLASSIFICAÇÃO

Não basta que o pedido seja precedido da correspondente causa de pedir; é indispensável, ainda, que ele seja certo e determinado.

O Código de Processo Civil destaca, nos arts. 286 a 294, normas sobre o pedido – que é o núcleo essencial da petição inicial.

Conforme falamos em linhas passadas, o pedido tem dois aspectos: o imediato e o mediato. Assim, o imediato é o provimento jurisdicional pretendido e, nos termos da natureza jurídica das sentenças proferidas nos processos de conhecimento, poderá ser declaratório, constitutivo ou condenatório. O pedido mediato é o bem jurídico que se pretende seja tutelado pela sentença (por exemplo: entrega da coisa, a desocupação do imóvel, o pagamento das horas extras, o reconhecimento do vínculo laboral etc.), mas, seja em seu aspecto imediato, seja em seu aspecto mediato, é este dirigido contra o Estado em sua função jurisdicional, mas a sua finalidade é a produção de efeitos sobre o réu ou sobre a relação jurídica da qual o réu é um dos titulares.

Todavia, para alcançar sua finalidade, o pedido deve ser certo e determinado e, embora o art. 286 use a alternativa “ou”, entende-se que ambas as qualidades são necessárias. O pedido deve ser certo, isto é, expresso, não se admitindo pedido tácito. O pedido deve ser determinado, definido ou delimitado em sua qualidade e quantidade. Deve ser concludente, qual seja, resultante da causa de pedir.

Admite-se, porém, nos termos do próprio art. 286 do CPC, o pedido genérico, nas:

I – Ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados (exemplos: massa falida, nas ações de petição de herança, quando não puder o autor individualizar na inicial os bens pretendidos), nestas existe uma junção de direitos;

II – Quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito e, portanto, a extensão da responsabilidade dele decorrente;

III – Quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu (por exemplo: ação de prestação de contas, promovida por sócio).

Nesses casos, e somente nestes (CPC, art. 459, parágrafo único)², se não for possível determinar o objeto mediato no curso do próprio processo de conhecimento, o juiz proferirá sentença ilíquida, cuja liquidação realizar-se-á como procedimento preliminar à eventual execução (CPC, arts. 586, § 1º, e arts. 475-A a 475-H e CLT, art. 879)³, ressalvado, quanto à prestação de contas, o disposto no art. 915, §§ 2º e 3º, do Código.

A faculdade relativa à formulação de pedidos genéricos é, sem dúvida, conciliável com o processo do trabalho, conquanto não tenha, aqui, larga aplicação.

Em qualquer caso, porém, a indeterminação ou generalidade não é absoluta, porque sempre o pedido é certo e determinado quanto ao gênero (*an debeatur*), faltando apenas a fixação do valor (*quantum debeatur*).

Convém ressaltar que existem conseqüências de direito material ou processual que eventualmente podem ficar omitidas, porque decorrem necessariamente do pedido principal. Assim, apesar da recomendação de que nada fique omitido, podem ser considerados como compreendidos no principal os juros legais e a correção monetária (Lei nº 6.899/1981), bem como o pagamento das custas e honorários (advocatórios e periciais). O art. 461 do CPC, com a nova redação dada pela Lei nº 8.952/1994, permite a aplicação de multa cominatória (*astreintes*), na condenação em obrigação de fazer, independente de pedido expresso⁴. A teor do art. 293 da Lei Processual Civil, os pedidos

2 “Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.”

3 CPC: “Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. § 1º Quando o título executivo for sentença, que contenha condenação genérica, proceder-se-á primeiro à sua liquidação. § 2º Quando na sentença há uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e a liquidação desta.” “Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. (Artigo acrescido pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005 – DOU 23.12.2005. Vigência: 6 meses após a publicação)”. CLT: “Art. 879. Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos”.

4 CPC: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002).

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002)”.

são interpretados restritivamente, de modo que, ressalvadas as exceções aludidas, se o autor houver omitido na inicial pedido que lhe era lícito fazer, somente por ação distinta poderá formulá-lo.

O art. 287 da Lei Adjetiva Civil substituiu, no Código, a antiga ação cominatória, sendo que tal dispositivo – para Vicente Greco Filho – prevê a chamada “ação de preceito cominatório”, devendo constar da inicial a cominação de multa para o caso de descumprimento da sentença. O Código de Defesa do Consumidor permite a aplicação de multa sem pedido, o mesmo ocorrendo com o art. 461 do Código, com a nova redação dada pela Lei nº 10.444/2002. Convém esclarecer que o mencionado artigo faz referência aos arts. 461, § 4º, e 461-A, ambos da Lei Processual Civil. Tais dispositivos tratam da multa denominada pela doutrina de “astreintes” (essa é a denominação da ação cominatória no direito francês); assim sendo, releva acrescentar que o pedido cominatório só é possível nas obrigações de fazer ou não fazer, sendo totalmente inadequado e incompatível quando se trate de obrigação de dar. A filosofia da ação cominatória é a pena pecuniária. O critério para a fixação da multa é a capacidade econômica do réu. Normalmente, a multa é diária, mas, dependendo do objeto, poderá ser fixada de modo diverso. Sua eficácia era discutida antes do advento da Lei nº 8.952/1994, pois os processualistas entendiam que esta era mais eficaz no CPC de 1939, em que era prevista como ação de procedimento especial.

O pedido pode ser simples ou complexo. Complexo é aquele que contém mais de um item. Assim, o pedido complexo pode ser cumulativo propriamente dito, alternativo, sucessivo ou subsidiário. Assim, vejamos.

Do pedido alternativo. O pedido é, em regra, fixo, ou seja, visa a um único objeto imediato e a um único objeto mediato. Porém, poderá ser alternativo, isto é, ter dois ou mais objetos mediatos. Este é disciplinado pelo art. 288 do CPC; alguns doutrinadores denominam tal fenômeno de cumulação alternativa, o que é criticado por outros processualistas. O direito material não permite ao autor pedir as duas prestações cumulativamente, mas apenas uma delas alternativamente. Se a escolha couber ao credor, este deverá fazê-la na inicial, optando por um dos pedidos, o que o tornará fixo; agora se a escolha couber ao devedor, a sentença também condenará alternativamente, fazendo o réu a escolha por ocasião da execução. Deriva o pedido alternativo da obrigação de igual nome, art. 252 do CC. Exemplo: entregar as guias para saque do FGTS, ou pagar diretamente ao obreiro o valor equivalente.

Do pedido sucessivo ou subsidiário. Este vem descrito no art. 289 do CPC; aqueles que criticam a denominação “cumulação alternativa” dizem que aqui, sim, há uma verdadeira cumulação de pedidos.

O pedido é sucessivo ou subsidiário quando o autor formula um pedido principal, pedindo ao juiz que conheça de um posterior em não podendo acolher o anterior. À guisa de exemplo, podemos citar os casos de obrigação de fazer ou não fazer: o pedido principal é o da prática do ato ou abstenção de fato, mas, se não obtiver a conduta desejada, pede-se a prática por terceiro se a obrigação for fungível ou a conversão em perdas e danos se a obrigação é infungível. Esta é a denominação feita pelo CPC.

Contudo, Vicente Greco Filho observa, com acerto, que o verdadeiro pedido sucessivo é aquele feito cumulativamente com um primeiro e que só pode ser concedido se este o for. Vamos exemplificar: pedido de rescisão contratual, reintegração de posse e na Justiça do Trabalho – reconhecimento da estabilidade, reintegração no emprego, indenização equivalente.

Assim sendo, existe o reconhecimento da situação de fato demonstrada pelo autor, mas o juiz analisará o primeiro pedido; não podendo acolhê-lo, acolhe o posterior.

O Professor José Carlos Barbosa Moreira apresenta em seu livro – o *Novo processo civil brasileiro* (1982) – a seguinte classificação atinente à cumulação de pedidos:

“Cumulação em sentido estrito, quando o autor formula contra o réu mais de um pedido visando o acolhimento conjunto de todos eles. A cumulação em sentido estrito comporta duas modalidades:

- a) Cumulação simples – em que o acolhimento de um pedido não depende do acolhimento ou da rejeição de outro. Exemplo: cobrança simultânea de duas dívidas oriundas de fatos ou atos diversos.
- b) Cumulação sucessiva – em que o acolhimento de um pedido depende do acolhimento de outro. Exemplo: investigação de paternidade e petição de herança.

Em sentido lato, a cumulação abrange também as hipóteses em que o autor formula dois ou mais pedidos, ou um pedido com dois ou mais objetos mediatos, para obter um único dentre eles. [Nesta classificação, poderíamos entender como casos de cumulação alternativa e sucessiva.] Neste contexto podem surgir as figuras da cumulação alternativa e da cumulação eventual. A primeira, aliás, só impropriamente pode ser considerada modalidade de cumulação de pedidos, pois a pluralidade que nela existe não é de pedidos, mas de objetos (mediatos) do pedido (conforme vimos acima). Distinguem-se ambas, ademais, porque, na cumulação alternativa, em caso de procedência, é a vontade da parte que determina qual dos possíveis resultados práticos se atingirá; na cumulação eventual, essa vontade é irrelevante, cabendo a determinação do resultado ao órgão judicial, que pode acolher o pedido principal, ficando prejudicado o subsidiário; ou rejeitando aquele, acolher o subsidiário, segundo a sua convicção.⁵

Observa, ainda, Barbosa Moreira que uma hipótese especial de cumulação de pedidos, já no curso do processo, é a de requerer o autor, incidentemente, declaração da existência ou inexistência de relação jurídica prejudicial.

Das prestações periódicas. Prescreve o art. 290 do Código que: “quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão as vincendas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”. Tal dispositivo tem por fundamento a economia processual e a finalidade política do processo, que é a pacificação e estabilidade das relações jurídicas.

5 Obra cit., p. 222.

Esclarece, ainda, o CPC, no seu art. 291, que, nas obrigações indivisíveis com pluralidade de credores, aquele que não participou do processo receberá sua parte, deduzidas as despesas na proporção do seu crédito. Aqui não se trata de cumulação de pedidos; ao contrário, trata-se de pedido único formulado por um dos credores solidários, que pode fazê-lo sem a presença de outros; e estes, mesmo sem terem participado do processo, receberão sua parte, por força da lei civil, deduzidas as despesas proporcionais a cada uma.

No art. 292 do CPC, temos que o autor pode, num único processo, cumular pedidos, num sentido de soma (cumulação simples), contra o mesmo réu, ainda que entre os pedidos não haja conexão. Temos aqui a cumulação objetiva, a qual se distingue de cumulação subjetiva, pois essa é cumulação de partes (litisconsórcio). Todavia, impõe a lei processual alguns requisitos para a admissibilidade da cumulação, os quais vêm elencados nos incisos I a III do § 1º do art. 292, complementados pela regra do § 2º do mesmo artigo. (Exemplo maior de tal cumulação temos na Justiça do Trabalho)

Convém ressaltar que a cumulação de pedidos pode ser inicial, constante da petição inicial, ou ulterior (conforme abordado retro por Barbosa Moreira), resultante de pedido de declaração incidental (arts. 5º e 325 do CPC); pode também ser cumulação de pedidos autônomos (independentes entre si), ou vinculados (ambos serão acolhidos ou rejeitados conjuntamente, por exemplo podemos citar: ação possessória cumulada com perdas e danos).

3 DO ADITAMENTO AO PEDIDO

Assim como a causa de pedir, é defeso ao autor modificar o pedido ou aditá-lo após a citação sem o consentimento do réu e, em nenhuma hipótese, após o saneamento do processo nos termos dos arts. 264 e 294 (este, com a nova redação dada pela Lei nº 8.718/1993), ambos da Lei Adjetiva Civil:

“Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

[...]

Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. (Redação dada pela Lei nº 8.718, de 14.10.1993)”

CONCLUSÃO

Como se pôde perceber, através das questões trazidas para considerações, surgidas em decorrência do tema proposto, tentamos trazer para estudo algumas questões

concernentes à Justiça do trabalho. Muitas são as peculiaridades desta Justiça Especializada, mas, dentro do tema estudado, não existem grandes diferenças. O procedimento, bem como a legislação aplicável à matéria, encontram ponto de apoio no permissivo da aplicação subsidiária da legislação processual civil, àquela Especializada (CLT, art. 769). Realmente, carece a Justiça do Trabalho de normas processuais. Para enfrentarmos o tema “pedido”, fizemos uma referência preliminar acerca da petição inicial, uma vez que esta é a peça inaugural do processo. O processo se inicia através do exercício do direito de ação, o qual, por sua vez, se materializa através da petição inicial. É através da petição inicial que o autor leva ao juízo a sua pretensão, pedindo então ao Estado-juiz que reconheça o seu direito. Destarte, em decorrência do princípio da iniciativa da parte, a exordial se reveste de importância extraordinária, vez que delimita a prestação jurisdicional, pois a defesa do réu irá efetivar-se em função do que está ali consignado, bem como a própria jurisdição só poderá atuar nos limites do que foi pedido (CPC, art. 128). Não tivemos a pretensão de esgotar o tema proposto, eis que, ante a riqueza de importância dele, por certo, tal não seria possível. Salientamos que um dos objetivos do artigo é alertar ao futuro profissional do direito a importância da técnica na elaboração da petição inicial no que concerne ao(s) pedido(s) com a observância dos requisitos objetivos contemplados pela norma legal e requisitos subjetivos abstratamente previstos, e, sobretudo, alertar acerca da possível consequência jurídica da não-observação desses requisitos, qual seja, a decretação de inépcia da petição inicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA MOREIRA, J. C. Sobre a participação do juiz no processo civil. Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada P. (Org). São Paulo: RT, 1988.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, v. I e II, 1999.
- CARVALHO, Milton P. de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- _____. *Manual da competência civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Atualização de Washington Luiz da Trindade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2 e 3, 1997.
- MARQUES, José F. *Instituições de direito processual civil*. Atualização de Ovidio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, v. III, 2000.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Iêdo B. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos*. Rio de Janeiro: APM, 1987.

TEIXEIRA FILHO, Manoel A. *Petição inicial e resposta do réu*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *As alterações no CPC e suas repercussões no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1999.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2003.



O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS VARIAÇÕES

José Jair Ferraretto

Mestre em Direito pela UNIP/Campinas, Especialista em Direito Empresarial pela FMU, Especialista em Direito Penal pela PUC/SP, Professor do Curso de Direito, Coordenador do Núcleo de Estágio da Faculdade de Campo Limpo Paulista, Professor de Pós-Graduação – MBA – do Curso de Gestão Pública da Faculdade de Administração de Empresas Padre Anchieta, Advogado.

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Doutorando em Filosofia pela PUC/SP, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Mestre em Direito pela PUC/Campinas, Mestre em Filosofia pela PUC/Campinas, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Aluno do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Congressista do II Congresso Mundial de Direito Processual realizado em Recife, Coordenador do Curso de Extensão sobre a Vida e a Obra de Norberto Bobbio, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O devido processo legal na história; 2 Devido processo legal e suas variações; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo apresentar o princípio processual constitucional do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: direitos; garantias; democracia; cidadania e Estado.

INTRODUÇÃO

Como sabemos, entre todos os direitos e garantias arrolados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 está consagrado, de modo expresse, o devido processo legal no inciso LIV e está fundamentado no inciso LV.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes.”

Observamos que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, igualmente denominado de princípio do direito de ação, também é uma garantia decorrente do devido processo legal, descrito na Carta de 1988 no inciso XXXV do art. 5º, *in verbis*:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA HISTÓRIA

O princípio do *due process of law* tem seu antecedente remoto na Magna Carta de 1215. Foi esse o primeiro documento jurídico a fazer menção a este princípio, quando, no seu art. 39, utilizou a locução *per legem terrae*, redigida em latim e mais tarde traduzida para *law of land*, ou seja, “lei da terra”. Essa expressão importava, antes de tudo, na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes físicos e judiciais.

O termo *due process of law* apareceu em 1354, na Inglaterra, quando Eduardo III expediu uma lei denominada “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, substituindo a locução originária *per legem terrae*. Esse princípio foi adotado pelas emendas 5ª e 14ª da Constituição americana de 1787.

Nossas Constituições até 1946 foram omissas no tocante ao controle judicial das lesões ao direito individual, se bem que implícito. Esta inclusão no texto constitucional foi sem dúvida evidente reação ao contido no parágrafo único do art. 9º da Carta de 1937, e que havia sido revogado pela Lei Constitucional nº 1, de 11 de dezembro de 1945.

Trata-se de garantia civil com abrangência para todos os direitos individuais, quer relacionados com as pessoas entre si, quer no relacionamento destes com o Estado.

A regra é dirigida ao Poder Legislativo; quem não poderá recusar a apreciação do Poder Judiciário é a lei. Assim, a cognição pelo Judiciário é mandamento constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho descreve que “impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar” (FERREIRA FILHO, 1990: 245).

Trata-se de fundamento democrático o contido neste inciso. É a independência dos Poderes quem aconselha a sua expressão.

A Constituição de 1967 abriu profunda fenda na norma contida neste inciso. E o fez por meio do art. 173, mantida pela Emenda nº 1, no art. 181 das Disposições Gerais e Transitórias. Neste contexto, era válida a exclusão de apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964.

Diversamente das Constituições anteriores, a atual acrescenta que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos”.

Assim, não será necessário que a lesão ao direito se consuma à simples ameaça a direito, dando à pessoa possibilidade de se socorrer ao Judiciário.

Criou-se de forma ampla e genérica o remédio preventivo contra a lesão ao direito. Não ficou apenas a busca ao expediente remediativo, mas também ao preventivo.

Calmon de Passos, citado por Correia, entende que, para a ocorrência do devido processo legal, é indispensável a presença de três condições:

- “a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente;
- b) não há processo legal sem que se assegure o acesso ao Judiciário;
- c) as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório.” (CORREIA, 1998: 9)

A seguir aponta uma parte fixa do *due process of law*, composta pelos elementos antes explicitados, e uma parte contingente: “O que é contingente e histórico diz respeito às fórmulas, procedimentos, expedientes técnicos e valorações de conteúdos postos pelo legislador e integrados pelos juizes, não à estrutura que tem de ser identificada, porquanto, faltando ela, em qualquer de seus aspectos, o que falta é o devido processo legal. E nisso justamente reside a nota que permite distinguir o Estado de Direito do Estado autoritário, em todas as suas modalidades” (CORREIA, 1998: 10).

De fato, o *due process of law*, de caráter individualista dos séculos anteriores, deve ser revisto, preservando-se a existência do juiz imparcial, o acesso à justiça e o contraditório.

Nesse contexto, o devido processo legal, em seu aspecto contingente, deve se adaptar a nova realidade das relações coletivas. Portanto, para se assegurar o contraditório, a imparcialidade do juiz e o acesso ao Judiciário, novas técnicas foram, para essas ações, concebidas.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS VARIAÇÕES

A respeito da necessidade, para que exista realmente *due process of law* de um juiz imparcial e independente, observa-se o seguinte.

Atualmente, vem-se requerendo do juiz que ele deixe de ser, como dito alhures, mero convidado de pedra do processo. Essa tendência não é recente, pois a moderna doutrina entende que o juiz não pode ser absolutamente inerte e sem iniciativa própria, no andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.

Os poderes assistenciais do juiz defluem, em prestígio à noção da justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitidos – que não vem expresso na Constituição –, conhecido como princípio da paridade de armas.

Com efeito, além de assegurar igualdade das partes, a ampliação dos poderes de instrução do juiz corresponde com o enfoque do processo considerado instrumento público e oficial de realização da justiça. Assim, por exemplo, exige-se do juiz, no tocante aos poderes instrutórios, que, com sua atuação *ex officio*, busque suprir a

deficiência probatória das partes que muitas vezes se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito. Entretanto, deve-se tomar cuidado para que essa atuação assistencial não fira a efetiva igualdade das partes, com a tomada de posturas sentimentais por parte do juiz.

Também observa-se que, na realidade, a fragilidade de uma das partes deve ser considerada essencialmente sob o prisma da relação jurídico-processual (por exemplo, alguém em situação jurídica desfavorável quanto às provas), sem se desconsiderar, no entanto, que essa fragilidade processual decorre, muitas vezes, da própria relação jurídica de direito material (as provas podem ser mais acessíveis, por exemplo, ao que detém o meio de produção em detrimento do consumidor – sugerindo-se, assim, até mesmo a inversão do ônus da prova).

Quanto ao segundo requisito, isto é, o acesso ao Poder Judiciário, entendemos que, dentre os direitos fundamentais do homem, um dos mais importantes, sem dúvida, é o direito de ação. Não obstante, a ação seria, no Estado de Direito, o último reduto daqueles que viram o que lhes pertence, segundo um ordenamento anterior, ser vilipendiado.

O princípio da inafastabilidade do controle judicial (princípio do acesso à justiça) é mandamento que alcança a lei ou quaisquer outras regras jurídicas, conforme descreve o art. 75 do antigo Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Não criando a lei, expressamente, qualquer ação ou recurso para garantir um direito, a própria Constituição (§§ 20 e 21 do art. 153 da Constituição Federal – Emenda nº 1, de 1969) já o fez por meio do “*habeas corpus* e do mandado de segurança”.

Assim, a ação asseguradora do direito de que deve cogitar a lei é essencialmente o meio de satisfazer a pretensão nele contida. Desde que haja ação para garantir o direito, não se pode afastar do Poder competente, que é o Judiciário, a possibilidade de verificar em sua extensão o direito lesionado, cuja garantia é assente na ação que lhe corresponde. Por outro lado, deve-se ter em mente que, dentro da linha já exposta, não se pode mais conceber a ação como centro das ocupações dos processualistas. A hipervalorização da ação, herdada entre os latinos das *actiones* do Direito romano, é fruto de um individualismo inconcebível. O destaque para a ação, e em conseqüência para o autor, pode levar a falsas conclusões sobre o escopo do processo, que deve atender aos interesses de pacificação social do Estado e não ser tido simplesmente como meio de conceder direitos a quem ingressa com a demanda. Portanto, o destaque deve ser para a noção de jurisdição, o que mais atende ao interesse público.

No entanto, não se pode deixar de conceber a ação como uma garantia indispensável à sobrevivência ao Estado de Direito, já que constitui a última esperança daquele que se sente injustiçado e que não detém nenhum outro meio de fazer valer suas pretensões não satisfeitas.

Para a efetivação da garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5º, LXXIV, c/c art. 134).

Isto é importante, pois a morosidade da justiça no Brasil poderá fazer com que o fato que é submetido a sua apreciação, antes de se consumir, não venha a se completar.

Desse modo, há que facilitar o acesso à justiça, para a garantia plena do exercício desse direito previsto constitucionalmente (assim, o Juizado de Pequenas Causas, a valorização da ação coletiva etc.), mesmo porque o direito de ação é uma das mais importantes liberdades públicas.

Com efeito, tanto a ação em seu estado potencial (ação não proposta) quanto a ação em seu estado dinâmico (ação proposta) devem ser preservadas, sob pena de, mesmo que indiretamente, ferir-se direito previsto constitucionalmente.

Portanto, a preservação do acesso à ordem jurídica justa, visando à efetivação dos direitos, é um dos direitos humanos fundamentais mais importantes no Estado Democrático de Direito.

O terceiro requisito é o princípio do contraditório, assim descrito no art. 5º, LV, da Carta Magna: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

As Constituições anteriores asseguravam o contraditório somente na instrução criminal. A atual estende o contraditório a todos os demais processos (cíveis e administrativos), assim, como a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Observa-se que, para o atendimento dessa garantia, se faz necessário, primeiro, que as partes sejam amplamente comunicadas dos atos do processo, e, segundo, que sobre tais atos seja dada oportunidade para as partes se manifestarem, de preferência previamente, exatamente para que possam influir na decisão.

Quanto ao primeiro aspecto, é formalizada a idéia de informar, de levar fatos ao conhecimento das partes, logo de início, com a citação e ao longo do processo com as intimações.

Quanto ao segundo, não basta oferecer oportunidade de participação na produção de provas, deve-se, igualmente, oferecer essa oportunidade no ato de preparação de provas que podem advir.

O contraditório consiste na possibilidade de uma das partes manifestar-se contrariamente à pretensão deduzida pela outra parte, podendo inclusive apresentar contraprova. Observa-se que o contraditório vige durante toda a relação jurídico-processual, sendo que, sempre que uma parte se manifestar, deve-se abrir oportunidade à outra para contraditar. Assim, o contraditório existe não somente no que concerne à fase postulatória, estendendo-se às demais fases do processo.

Salienta-se que a noção de contraditório é essencialmente potencial, sendo que, aberta a possibilidade de manifestação da parte, sem que esta se manifeste, não se pode dizer que houve mácula ao contraditório. O mesmo, por exemplo, ocorre com a revelia, em que, embora haja devida possibilidade de apresentação de contestação por parte do réu, este queda-se inerte.

Dessa maneira, não fere o contraditório a concessão de liminares *inaudita altera parte* ou de tutela antecipada, pois, em ambos os casos, pretende-se somente que, uma vez presentes os requisitos legais, se evite o imediato perecimento do direito, devendo-se, logo a seguir, abrir oportunidade de manifestação à outra parte. O perecimento do direito implicaria a inviabilidade da própria instauração da relação jurídico-processual, sem que se pudesse sequer, no momento devido, ocorrer o contraditório.

A ampla defesa é um corolário do processo como modo de garantia individual. A defesa, tal como a ação, é também um direito constitucional e processualmente garantido.

Desse modo, como no processo, a acusação é exercida por um órgão que possui conhecimentos técnico-jurídicos; também ao acusado deve ser proporcionada idêntica oportunidade de se ver representado em juízo por quem tenha igual formação a do órgão de acusação, sob pena de violar-se o tratamento paritário, que é uma imposição do princípio do devido processo legal. A Constituição Federal, no seu art. 5º, LXXIV, prevê que o Estado prestará assistência jurídica àqueles que não disponham recursos para tanto, sob pena de violar-se a imposição do devido processo legal do tratamento paritário das partes.

Em suma, não basta enunciar a garantia, é preciso proporcionar meios para que o contraditório seja efetivo e equilibrado.

Da noção de equilíbrio surge a idéia de igualdade das partes. Desse modo é que se entende que o contraditório deve proporcionar as mesmas oportunidades de manifestação e as mesmas possibilidades de prepararem e produzirem as provas de suas alegações (paridades de armas).

Assim, outro princípio, fundamental para a garantia do processo, é o princípio da igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Proclamada pelos antigos, a igualdade de todos perante as leis foi o princípio absorvido pelo jusnaturalismo, incorporando-se como doutrina nos direitos fundamentais do homem.

O conteúdo do princípio da isonomia é a igualdade formal, isto é, tratamento dos iguais de forma igual, e dos desiguais de forma desigual perante a lei. Não se cogita de igualdade material que eventualmente se pretendesse nivelar o ser humano nas suas características biológicas do nivelamento social, haja vista que o homem difere de seu semelhante física, moral, intelectual e economicamente, por razões de sua própria criação. Na igualdade formal, melhor entendimento é o dado por Rui Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem” (BARBOSA, 2000: 55).

Dessa maneira, temos não a igualdade da lei, mas a igualdade perante a lei. Busca-se, portanto, a igualdade no sentido de paridade de direitos numa correspondente

paridade de condições. Assim, o sentido do princípio de isonomia deve ser tomado dentro da mesma classe de titulares de idênticas circunstâncias e não com a amplitude de um preceito de aplicação genérica.

Assim, embora já analisamos indiretamente esse princípio quando descrevemos sobre a “paridade de armas no processo”, cabe aqui uma observação complementar. Esse princípio também vem expresso no art. 125, I, do Código de Processo Civil, devendo, também, ser observado, como se verificou anteriormente, sob a ótica dos poderes assistenciais do juiz.

Temos ainda outros princípios fundamentais do homem que servem como garantia ao acesso à ordem jurídica justa.

A Constituição Federal, no seu art. 5º, LIII, estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Segundo o princípio do juiz natural, o processamento e julgamento das causas devem-se dar perante juiz investido do poder jurisdicional, com a competência devidamente indicada pela Constituição Federal.

O postulado da proibição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF) é consequência do princípio do Estado de Direito. A decorrência natural dessa proibição é a impossibilidade de subtrair-se o jurisdicionado de seu juiz e promotor naturais. Por conseguinte, a proibição da existência e criação de tribunais de exceção é o complemento do princípio do juiz natural.

Tribunal de exceção vedado pela Constituição é todo e qualquer tribunal não previsto pela própria Carta Magna. Houve no Brasil um deles. Era o Tribunal de Segurança Nacional, criado pela Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, tendo sido extinto pela Lei nº 14, de 17 de novembro de 1945.

Tribunal de exceção é tribunal marginal, posto à margem das previsões constitucionais. Tal tribunal, além de imoral e ilegal, fere os direitos fundamentais do homem.

De fato, o juiz natural não é somente aquele do lugar em que deve ser julgada a causa, competente em razão do território, uma vez que o juiz competente para julgar a causa poderá ser aquele com competência material ou territorial previamente investido pelas leis processuais e de organização judiciária. O princípio do juiz natural se aplica indistintamente ao processo civil, ao penal e ao administrativo.

Conforme estabelece a Constituição, as regras de determinação de competência devem ser instituídas previamente aos fatos e de maneira geral e abstrata de modo a impedir a interferência autoritária externa.

Antes de ser afirmada e confirmada a competência e a imparcialidade do juiz para julgar determinada causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena de violar-se a garantia constitucional do juiz natural. A garantia implica o direito dos litigantes em ver o objeto do processo, ou seja, o conjunto das questões que devem ser julgadas pelo juiz (*thema decidendum*), ser decidido pelo juiz natural.

O art. 5º, XXXIV, CF reza que:

“São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.”

Quanto ao direito de petição, desde 1824 a Constituição do Império impunha que: “Todo cidadão poderá apresentar por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores”.

O direito de petição vem do *Bill of Rights*, de 1688, que, em seu art. 5º, dispunha: “É direito dos súditos, apresentar petições ao rei, e todas as prisões e perseguições, por motivo de tais pedidos serem ilegais”. Igualmente previsto nas clássicas Declarações de Direitos, como a da Pensilvânia, de 1776 (art. 16), e também na Constituição francesa de 1791 (art. 3º).

Assim, o direito de petição é o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação. Sua finalidade é comunicar o fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas cabíveis.

Na legislação ordinária, exemplo de exercício do direito de petição vem expresso na Lei nº 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade), que prevê, em seu art. 1º: “O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei”.

De fato, o direito de petição obriga as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e, quando necessário, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, corrigível por intermédio de mandado de segurança. Observa-se também que, diante da impossibilidade de obrigar-se o Poder Público competente à adoção de medidas para sanar eventuais ilegalidades ou abusos de poder, *a posteriori*, o servidor público omissor poderá ser responsabilizado civil, administrativa ou penalmente.

Por outro lado, foi a partir da Constituição de 1934 que se garantiu constitucionalmente o direito da obtenção de certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações.

O art. 141, § 36, da Carta de 1946, garantia: a) o rápido andamento do processo nas repartições públicas; b) ciência aos interessados aos despachos e das informações que a eles se referiam; c) a expedição de certidões requeridas para defesa de direito; d) expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo. Diante do exposto, houve redução de direito, pois o texto atual deixou de garantir o rápido andamento dos processos nas repartições

públicas, como também o direito à ciência dos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram.

Assim, o inciso XXXIV deu possibilidade de duas providências: a) expedição de certidões para defesa de direitos; b) expedição de certidões para esclarecimento de situações.

O necessário para que se obtenha as certidões enumeradas é que a pessoa (brasileiro ou estrangeiro) comprove ser parte legítima para obtenção dela. Requererá por si ou por procurador, desde que tenham direitos a serem defendidos ou situações a serem esclarecidas. Quer no exercício do direito de petição, quer no exercício do direito de obtenção de certidões, qualquer pessoa que os exercer constitucionalmente isento fica do pagamento de taxas. Taxas aqui devem ser entendidas como quaisquer ônus, pouco importando a denominação de taxa, emolumentos ou garantia de instância. A propósito, o termo correto seria emolumentos.

CONCLUSÃO

Com efeito, dentre os inúmeros institutos jurídicos estabelecidos na Carta Magna de 1988, o devido processo legal se destaca como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, uma vez que, para um Estado ser considerado um Estado de Direito, é essencial que ele se submeta à lei e ao controle jurisdicional. Por conseguinte, esse controle somente poderá ser realizado por meio de um processo fundamentado em princípios democráticos e igualitários.

Assim, a importância do devido processo legal em nosso texto constitucional reside na sua normatização entre os direitos fundamentais, consagrados como cláusula pétrea pela Carta Magna. Informa-se, sobretudo, pelos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, da legalidade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do juiz natural, e do contraditório e da ampla defesa. Por meio de sua realização, garante-se a dignidade da pessoa humana, bem como o acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA NETO, Amaro Alves. *Processo civil e interesses difusos e coletivos*: questões resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1999.
- ALTAVILA, Jaime. *Origem do direito dos povos*. 8. ed. São Paulo: Ícone, 2000.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2000.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Julex, v. 1, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional – atualizada com a EC 31/2000*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Milton da. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NA ESFERA PRIVADA

Hidemberg Alves da Frota

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do
Amazonas – Ciesa.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os princípios norteadores da investigação parlamentar da vida privada; 2 A teoria dos círculos concêntricos da vida privada; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo analisa os poderes de investigação das comissões parlamentares de inquérito na esfera privada, à luz dos fundamentos do Direito Público, da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article analyses the Brazilian Commissions of Inquiry's investigational powers over private life, in the light of the fundamentals of Public Law, Henkel's concentric circles of private life theory and the Brazilian Federal Supreme Court's jurisprudence.

PALAVRAS-CHAVE: comissões parlamentares de inquérito; poderes de investigação; vida privada; fundamentos do Direito Público; teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel.

KEYWORDS: Parliamentary Commissions of Inquiry; investigative powers over private life; fundamentals of Public Law; Henkel's concentric circles of private life theory.

INTRODUÇÃO

De forma inédita no Brasil e na esteira das Constituições portuguesa de 1976 (art. 178.5¹) e italiana de 1948 (art. 82²), a Constituição brasileira de 1988 (art. 58, §

1 “Art. 178. (Comissões)

[...]

5. As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.” Cf. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* – texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004. Nesse sentido: SALGADO, Plínio. *Comissões parlamentares de inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29.

2 “Art. 82. Cada Câmara pode abrir inquéritos sobre assuntos de interesse público. Para esse fim nomeia, entre os próprios integrantes, uma Comissão formada de modo a refletir a proporção dos vários grupos. A Comissão de inquérito procede às investigações e aos exames com os mesmos poderes e as mesmas limitações da autoridade judiciária.” Cf. ITÁLIA. *Constituição italiana*. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004. Nesse sentido: ROSAS, Roberto. Abuso de poder das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília/DF, n. 21, jan./mar. 1969, p. 48.

3º, 1ª parte³) conferiu às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação de autoridade judicial, correspondentes aos poderes instrutórios confiados aos juízos criminais pelo Código de Processo Penal pátrio (art. 156, 2ª parte⁴⁻⁵).

Corroborando esse entendimento a Lei Nacional das CPIs (a Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), cujas normas processuais derivam e se socorrem da legislação processual penal (o que resta implícito no art. 3º, *caput*, § 1º, e manifesto no art. 6º⁷).

Na Bélgica, o legislador infraconstitucional explicitou a correlação entre os poderes de investigação das CPIs e aqueles cometidos à Justiça Criminal, por meio quer do art. 4º, § 1º, da Lei de 3 de maio⁸ de 1880⁹ (numeração conferida pela Lei de 30 de junho de 1996), quer do art. 145, 1ª parte, do Regimento Interno da Câmara Baixa do Parlamento belga¹⁰.

3 “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...]”

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.” Cf. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

4 “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Cf. BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

5 COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 60, jul./set. 1995. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, p. 154, n. 44, jul./set. 2003.

6 “Art. 3º Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º Em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal. (Renumerado pela Lei nº 10.679, de 23 de maio de 2003).” Cf. BRASIL. Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2004.

7 “Art. 6º O processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal.” Cf. BRASIL. Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2004.

8 Identificados apenas pela data em que foram promulgados ou sancionados, os diplomas legais belgas não recebem numeração.

9 “Art. 4. (L 1996-06-30/34, art. 5, En vigueur : 1996-07-26) § 1. La Chambre ou la commission, ainsi que leurs présidents pour autant que ceux-ci y soient habilités, peuvent prendre toutes les mesures d’instruction prévues par le Code d’instruction criminelle.” Cf. BÉLGICA. 3 mai 1880. *Loi sur les enquêtes parlementaires*. Disponível em: <http://www.moniteur.be/index_fr.htm>. Acesso em: 11 jan. 2005.

10 “Art. 145.

La commission d’enquête peut habiliter son président:

Graças ao advento dos poderes de investigação de autoridade judicial penal, as CPIs brasileiras, após a promulgação da Carta Política de 1988, além de exercerem o tradicional poder requisitório sobre a máquina estatal (máxime sobre a Administração Pública), passaram, pela primeira vez, a ter acesso ao mundo privado do investigado.

Daí a necessidade de se saber até onde podem as CPIs, sem prévia autorização judicial, imiscuir-se na esfera privada, respeitando o ordenamento jurídico, em particular o Direito Legislado, a começar pela Constituição da República.

1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR DA VIDA PRIVADA

A deferência das Comissões Parlamentares de Inquérito à ordem jurídica implica pautarem pela observância tanto do princípio da supremacia do interesse público, quanto do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da supremacia do interesse público, homenageando quer a soberania popular¹¹, insculpida no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, quer a prevalência do interesse geral da sociedade sobre interesses particulares, de segmentos sociais e do Estado¹², preconiza a entrada das CPIs na esfera da vida privada sem prévia autorização judicial, caso consista em providência calçada em causa provável com base empírica¹³.

Por outro lado, no inciso III do mesmo art. 1º, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio maior da Constituição Federal e do

– à prendre toutes les mesures d’instruction prévues par le Code d’instruction criminelle ou certaines d’entre elles, en application de l’article 4, § 1er, de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;

– à statuer sur les demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d’auditions de témoins et de documents remis par des témoins, en application de l’article 146.

Lorsqu’elle procède elle-même à l’enquête parlementaire, la Chambre peut habiliter son président:

– à prendre toutes les mesures d’instruction prévues par le Code d’instruction criminelle ou certaines d’entre elles, en application de l’article 4, § 1er, de la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires;

– à statuer sur les demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d’auditions de témoins et de documents remis par des témoins, en application de l’article 147.

Si des demandes visant à obtenir communication ou copie de procès-verbaux d’auditions de témoins ou de documents remis par des témoins sont introduites après la cessation des travaux d’une commission d’enquête ou à l’issue d’une enquête parlementaire menée par la Chambre elle-même, celle-ci peut habiliter son président à statuer sur ces demandes, en application de l’article 147.” Cf. BÉLGICA. Règlement de la chambre des représentants. Disponível em: <<http://www.lachambre.be/>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

11 MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 80-81.

12 Ibid., p. 88.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 23.868/DF. Impetrante: Federação Gaúcha de Futebol. Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço e outro. Impetrada: Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal (CPI do Futebol). Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF, 30 de agosto de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília/DF, 21 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 14 ago. 2004.

ordenamento jurídico¹⁴, enfeixando em si os direitos fundamentais¹⁵, inclusive o direito à vida privada, entalhado na 1ª parte do inciso X do art. 5º da CF/1988, a proteger a vida privada do investigado do olhar público e da intrusão do Estado.

Por último, figura o princípio da proporcionalidade, condicionando o ingresso das CPIs na vida privada não apenas à presença de causa provável, mas também à reverência aos requisitos da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶.

Primeiro, verifica-se a existência concreta de causa provável e sua explícita e específica indicação no ato a descortinar a vida privada do investigado. Feito isso, avalia-se se tal providência é (1) adequada (se é apta e eficaz seja para elucidar se o investigado concorreu ou não para a possível irregularidade, seja para aclarar a ocorrência desta eventual iniquidade), (2) indispensável (se, além de eficaz, corresponde ao meio mais benigno ou menos ofensivo ao investigado) e (3) proporcional (se – a par de diligência apropriada e eficaz, de menor ofensividade – os aspectos favoráveis da diligência suplantam os desfavoráveis).

Saber se a medida avultada é a mais vantajosa (aferir a proporcionalidade em sentido estrito) significa conferir se a harmonização do princípio da supremacia do interesse público com o da dignidade da pessoa humana abaliza ou não a execução de tal diligência, tendo-se em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana é o único que prevalece sobre o princípio da supremacia do interesse público¹⁷, motivo pelo qual este será o mais sacrificado e aquele o mais poupado.

2 A TEORIA DOS CÍRCULOS CONCÊNTRICOS DA VIDA PRIVADA

Caberá ao direito à intimidade, emoldado pela teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Heinrich Henkel, divulgada no Brasil por Paulo José da Costa Jr.¹⁸, o papel de fiel da balança, a definir onde o princípio da supremacia do interesse público cede passo ao princípio da dignidade da pessoa humana, em que momento os poderes de investigação de autoridade judicial penal das CPIs passarão a ser mitigados, a fim de se resguardar o direito à vida privada.

De acordo com essa teoria, a esfera privada em sentido amplo contempla em si três círculos concêntricos: o círculo da vida privada em sentido estrito, o círculo da

14 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53. Em idêntico sentido: Id. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, p. 86, jan./dez. 1999.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 58-59. Apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 223-224.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 116.

18 COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 36.

intimidade e o círculo do segredo. São camadas dentro de camadas. O círculo do segredo se insere no círculo da intimidade, o qual, por sua vez, encarta-se no círculo da vida privada em sentido estrito¹⁹.

No círculo da vida privada em sentido estrito repousa a crosta da esfera privada, a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um. Esta primeira circunvolução serve de palco a relações interpessoais superficiais, exemplificadas pelas amizades que se adstringem ao coleguismo. No círculo da vida privada em sentido estrito, perfilam o sigilo patrimonial²⁰ (onde se alojam os sigilos fiscal, financeiro e empresarial) e de dados e registros das comunicações (a exemplo do sigilo de dados e registros telefônicos ou simplesmente sigilo telefônico). No círculo da vida privada em sentido estrito, prevalecem a dimensão material da vida privada e/ou aspectos perfunctórios dos relacionamentos humanos.

No círculo intermediário – o círculo da intimidade –, sobejam as idiosincrasias do ser humano e floresce a dimensão espiritual da existência humana, desdobrada nas informações confidenciais compartilhadas com familiares e amigos próximos (sigilo familiar) e com profissionais que têm contato com a intimidade de outrem por força da atividade exercida (sigilo profissional²¹), muitas vezes desveladas no espaço domiciliar, endereço residencial ou profissional, permanente ou provisório (sigilo domiciliar²²) e, neste caso, relacionadas à inviolabilidade do domicílio (inciso XI do art. 5º da CF/1988). No círculo íntimo, também se agasalha o sigilo do conteúdo de quaisquer comunicações privadas (incluindo a telemática, epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), mesmo se aludirem a questões públicas.

A raiz da intimidade alberga o círculo nuclear – o círculo do segredo –, em volta do qual orbitam os demais e onde se projeta a imagem mais autêntica de alguém, adstrita a diários e pensamentos ou unicamente desvelada aos parentes e amigos íntimos mais chegados ou a pessoas que tomam conhecimento de detalhes recônditos do indivíduo em face do mister desempenhado²³.

O círculo da vida privada em sentido estrito é suscetível à indagação probatória pelas CPIs, mas se preserva o direito à intimidade do investigado, o que significa manter os círculos da intimidade e do segredo insensíveis aos poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Ao se abrir o círculo da vida privada em sentido estrito à instrução probatória das CPIs, permite-se a elas, por autoridade própria, sem prévia autorização judicial,

19 COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 36-37.

20 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 475.

21 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 412.

22 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993. p. 136-137.

23 COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., loc. cit.

descerrarem o sigilo patrimonial (*v.g.*, os sigilos fiscal, financeiro – mormente bancário – e empresarial, a exemplo do sigilo de escrituração empresarial) e o sigilo de dados e registros das comunicações (*e.g.*, sigilo de dados e registros telefônicos).

Todavia, estando as CPIs impedidas de descobrirem o manto protetor da intimidade, descabe a elas desnovelarem, por iniciativa própria, quer o sigilo familiar, profissional e domiciliar, quer o sigilo do conteúdo das comunicações.

Não podendo, por autoridade própria, examinarem a intimidade do investigado, nem adentrarem o seu lar, muito menos acarretarem-lhe lesões superiores a estas (tais quais o tolhimento do direito à locomoção), restam às CPIs escassas medidas assecuratórias: só podem decretar a prisão em flagrante delito e em cumprimento de ordem judicial e não podem expedir mandados de busca e apreensão (tanto domiciliar, quanto pessoal), exceto se (no caso de mandado de busca e apreensão pessoal) voltado a garantir a segurança da sua sala de audiências, ante o fundado receio de existir alguém armado naquele recinto.

CONCLUSÃO

As comissões parlamentares de inquérito devem reverenciar o Direito, principalmente o Direito Legislativo. Os poderes de investigação das CPIs na esfera privada se conformam ao ordenamento jurídico – em particular à ordem legal, moldada pelo Direito Constitucional Positivo – se homenagearem, ao mesmo tempo, os princípios da supremacia do interesse público e da dignidade da pessoa humana. Nessa circunstância, as CPIs agem de acordo com a juridicidade – mormente com a legalidade – caso conciliem o dever de investigar a vida privada do investigado com o dever de preservar sua privacidade. A solução de permeio se radica na submissão ao princípio da proporcionalidade, por intermédio do qual os princípios em tensão dialética serão sopesados, prevalecendo aquele de maior densidade (o princípio da dignidade da pessoa humana), sem que o princípio preterido (o da supremacia do interesse público) perca sua essência. A mediação oferecida pelo princípio da proporcionalidade extrai de ambas as normas jurídicas concessões sem desnaturá-las e vislumbra no direito à intimidade o fiel da balança, carecendo de respaldo jurídico – inclusive legal – as diligências das CPIs no mundo privado ofensivas a este direito fundamental, o qual permite aos colegiados em testilha apenas descortinarem a periferia do mundo privado.

À vista disso, evidenciando-se atos apropriados e imprescindíveis à instrução do inquérito parlamentar, havendo motivação escorada em causa provável e a percepção de que essas diligências consubstanciam as medidas menos ofensivas ao investigado e oferecem mais vantagens do que desvantagens ao interesse público, cumpre às Comissões Parlamentares de Inquérito, por autoridade própria, descerrarem os sigilos indicativos do patrimônio do investigado (concernentes, em especial, a dados fiscais, empresariais e financeiros, mormente, bancários) e os sigilos de dados e registros de comunicação (a exemplo, respectivamente, dos dados cadastrais de usuários de telefonia fixa e móvel e dos registros de chamadas telefônicas).

Entretanto, descabe às CPIs derrubarem, por iniciativa própria, quer o sigilo familiar, doméstico e profissional, quer o sigilo do conteúdo de comunicações (v.g., epistolares, telegráficas, radioelétricas, telefônicas, informáticas e telemáticas).

Demonstra-se reduzido o leque de medidas assecuratórias de que podem se servir os órgãos parlamentares em tela. A tais colegiados apenas é lícito decretar a prisão em caso de flagrante delito e em cumprimento de ordem judicial. Inadmissível as CPIs expedirem mandados de busca e apreensão, tanto domiciliar, quanto pessoal, exceto se, neste caso, consistirem em providências destinadas a garantir a segurança da sua sala de audiências, ante o fundado receio de existir alguém armado naquele recinto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BÉLGICA. 3 mai 1880. *Loi sur les enquêtes parlementaires*. Disponível em: <http://www.moniteur.be/index_fr.htm>. Acesso em: 11 jan. 2005.

_____. *Règlement de la chambre des représentants*. Disponível em: <<http://www.lachambre.be/>>. Acesso em: 30 jun. 2004.

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

_____. Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as comissões parlamentares de inquérito. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, jul./set. 1995.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ITÁLIA. *Constituição italiana*. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

MORAES, Alexandre de. Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 44, jul./set. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51/52, jan./dez. 1999.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa – texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004)*. Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

ROSAS, Roberto. Abuso de poder das comissões parlamentares de inquérito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília/DF, n. 21, jan./mar. 1969.

SALGADO, Plínio. *Comissões parlamentares de inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, out./dez. 1998.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO USO DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DO VÍNCULO DE EMPREGO EXISTENTE NAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Renato César Garcia

Analista Processual do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região,
Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do
Ministério Público do Estado de São Paulo – ESMP/SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acesso ao Poder Judiciário; 2 Interesses transindividuais. A tutela da ação coletiva; 3 Direitos sociais. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988; 4 O Ministério Público do Trabalho no uso da ação coletiva para buscar vínculo de emprego entre falsos cooperados; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O Ministério Público do Trabalho, na elevação que a nova ordem constitucional lhe deu, tem como uma de suas missões dotar de utilidade e eficácia o direito processual para que este se eleve de sua primitiva formação de defesa de interesses individuais para fazer valer, de forma coletiva, os direitos sociais trazidos pela Carta Política.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; direitos sociais fundamentais; ação coletiva; Ministério Público.

INTRODUÇÃO

1 ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

1.1 Código de Processo Civil de 1973 – tutela individualista

No confronto entre os diplomas processuais de 1939 e 1973, a doutrina de Dinamarco¹ esclarece que o CPC/1973, apesar do discurso que o promulgou, não se distanciou do CPC/1939, não se influenciou pela efetividade do processo que já despertava na doutrina européia, permanecendo como um retrato do pensamento tradicional da época e ainda não acenava quanto ao acesso à ordem jurídica justa destinada aos jurisdicionados, com uma visão externa da ação processual, mantendo-se um código individualista como o anterior.

Já podemos perceber os obstáculos que o legislador de 1973 tinha a transpor, e não o fez, para colocar o processo civil brasileiro e, conseqüentemente, nossa sociedade

1 DINAMARCO, 1999, p. 23-25.

na vanguarda publicista que cercava o direito processual nas outras partes do mundo² e que já ressoavam na doutrina nacional, mas que não receberam eco neste projeto. Diga-se, por oportuno, que essa ressonância só veio com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública.

Devemos ressaltar que o CPC/1913 trouxe inovações de ordem técnica quanto ao procedimento, instituiu todo um capítulo sobre a Tutela Cautelar, trouxe os efeitos da revelia, a hipótese de julgamento antecipado do mérito, mas, no plano ideológico, não evoluiu³, pois mantém o modelo individualista de tutela e não prestigia a efetividade da prestação jurisdicional, com uma tutela rápida e efetiva (CPC, arts. 273 e 461).

Entre os institutos individualistas mantidos que impedem uma maior amplitude da tutela jurisdicional constantes em nosso CPC/1973, podemos citar o art. 6º, o qual somente o titular do direito pode pleiteá-lo em juízo⁴; o art. 472, que restringe às partes litigantes os efeitos da sentença e mantém os excessos de formalismos que fazem o processo dar mais ênfase a seus atos dispostos pelo código do que ao direito material do qual busca ser instrumento de alcance.

O processo civil da época da promulgação do CPC/1973 equipara o direito de ação a um bem, um patrimônio do indivíduo, cuja regra é a de que somente a pessoa cujos direitos são afetados pela ordem da sentença pode fazer parte do processo, sendo defeso a terceiros demandar pelo lesado, salvo em condições excepcionais. Temos o individualismo expresso na idéia de que a faculdade de ingressar em juízo deve ser reservada exclusivamente a pessoa titular do bem violado (CPC, art. 6º).

Nos termos acima expostos, encontramos no CPC/1973 uma relação processual bipolar: o conflito envolve o interesse de dois indivíduos, de dois interesses unitários⁵; o exame do litígio envolve um conjunto de eventos identificados, fatos já ocorridos, em que é possível mensurar sua extensão. O pedido da ação segue como um derivado da violação de direitos substantivos individuais⁶, e a sentença se forma somente entre as partes em litígio; outros pontos da nossa legislação processual individual podem ser levantados como obstáculos para que seja utilizada para as novas demandas que surgem nas sociedades contemporâneas, como, por exemplo, os requisitos de uma petição inicial e a distribuição igual e não equânime do ônus da prova (art. 333).

2 Jorge Pinheiro Castelo, 1999, p. 38, nos relata muito bem as transformações buscadas na época: “Chiovenda é um dos precursores desta nova mentalidade, propondo uma reforma radical no sistema, na busca de um sistema oral, rápido, eficiente e concentrado. Elabora um programa de reforma, 1919, global da legislação processual italiana, fundado num processo público e nos poderes diretivos do juiz e no intenso exercício da autoridade do Estado no desenvolvimento do processo. O projeto de reforma apresentado pelo mestre italiano é consentâneo com o seu tempo, não, porém, por estar inspirado na ideologia autoritária precursora do fascismo, mas porque interpreta coerentemente a crise da ideologia liberal pura aplicada ao processo civil”.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel, 2001, p. 278.

5 LEAL, Márcio Flávio Mafra, 1998, p. 47.

6 Ibid., mesma página: “Esse direito material é atribuído a um titular individual e identificado como legitimado ordinário a propor a ação que melhor proteja esse direito”.

1.2 Tutela transindividual

A partir da segunda metade do século XX, a concepção liberal do processo começa a ser abalada, pois ela já não dava mais resposta à crescente evolução social e econômica que atingia o convívio das pessoas.

Começam a se tornar evidentes condutas lesivas a bens que não possuem um titular definido, como o exemplo clássico do meio ambiente saudável e também, de igual magnitude, a defesa dos direitos fundamentais expostos na nossa Carta Constitucional, dando segmento a um movimento de contexto jurídico internacional de reconhecimento e legalização de direitos, que até então eram apenas parte dos direitos naturais, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o que fazia com que muitos juristas exitassem na hora de defendê-los nos Tribunais. Aqui o ofendido não é uma pessoa em específico; ofende-se a sociedade como um todo, temos um bem transindividual, não se consegue fragmentar o dano, particularizá-lo para um único ofendido sem deixar inúmeros outros de fora. Assim se expõe a lacuna do sistema processual de 1973; como proceder à defesa de um bem que não possui um titular único e específico.

Nesses passos, a ação coletiva entra como instrumento que veio a suprir as carências de uma sociedade em constante desenvolvimento em que os conflitos vão além das disputas singulares: envolvem toda uma comunidade.

Ao anseio da sociedade e da classe jurídica na busca da defesa dos direitos transindividuais que se faziam emergir nos conflitos de classes, o legislador da época respondeu com a Lei nº 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública.

Sobre a consideração feita acerca das aspirações por um efetivo acesso a justiça, Leal⁷ atribui à comunidade jurídica o anseio para se introduzir um processo judicial no Brasil que capturasse os conflitos metaindividuais lhe dando tratamento adequado, nos moldes que se observava na doutrina estrangeira (Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoritti, entre outros), pois, socialmente, não constam manifestações nesse sentido, segundo o autor, devido à falta de consciência político-jurídica da sociedade civil, sendo até um reflexo da ditadura política vivida no País por aproximadamente duas décadas, entre 1964 e 1984.

Neste sentido de buscar uma tutela processual para os interesses de massa, surge o Projeto de Lei nº 4.984/1985 do Poder Executivo, redundando, ao final, na Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985; depois, a Lei nº 7.853/1989, que cuida dos interesses difusos e coletivos das pessoas portadoras de deficiência, e a Constituição Federal, art. 129, III, que permitiu a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo e o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.069/1990, que acrescentou vários dispositivos à Lei nº 7.347/1985, que definiu os interesses transindividuais, legitimados ativos, extensão da coisa julgada, entre outros procedimentos.

7 Ibidem, p. 184.

O processo passa a sofrer implicações de ordem social e política, ou ele deve ser capaz de contribuir para o bem comum. A efetividade processual é focada sob os aspectos sociológico e teleológico.

1.3 Amplo acesso ao Judiciário na Constituição Federal de 1988

Com o implemento do Direito Constitucional Processual, temos que as normas de processo estão elevadas a direitos com *status* constitucional, ou seja, fazem parte de toda uma manifestação política e jurídica, que é a promulgação da nova ordem jurídica incidindo-se sobre si princípios que guarnecem a plena efetividade das normas constitucionais, como o próprio princípio da máxima efetividade da norma constitucional, pelo qual o aplicador da lei deve tomar por partida a concretização da garantia fundamental representada na norma, o princípio da unidade da ordem jurídica, em que a lei fundamental se apresenta como fonte de validade e coesão que irá permear a interpretação de todas as demais normas jurídicas, e, dentro desses princípios específicos das normas constitucionais, temos o efeito integrador que esses mandamentos devem possuir, para favorecer a integração política e social e reforçar a unidade política⁸.

Nessa linha, temos que o processo⁹ é manifestação de um direito da pessoa humana e, neste rastro, um meio de acesso à ordem constitucional; a tutela constitucional do processo é uma garantia de que a legislação infraconstitucional não irá desrespeitar¹⁰ a ordem suprema.

Faz-se de relevante cabimento a lição de Liebman¹¹:

“O estudo dos institutos do processo, se é realizado ignorando ou negligenciando a ligação com os outros ramos do direito e em particular com o direito constitucional, torna-se um tedioso e estéril cômputo de formalidades e de termos; ele adquire, ao contrário, o seu verdadeiro significado e se enriquece de razões diversamente importantes quando é entendido como o estudo do aparato indispensáveis de garantias e de procedimentos, estabelecido para a defesa dos direitos fundamentais do homem, no rigor da disciplina necessária de uma função pública. Quando se leva em conta esse quadro mais amplo, entende-se o significado de uma afirmação como esta: o Código de Processo Civil não é outra coisa a não ser a lei regulamentar da garantia de justiça contida na Constituição.”

Dentro da linha até aqui traçada, verificamos que o tema do acesso à justiça na nova Constituição Federal põe, lado a lado, o instrumento processual e a justiça social.

As novas tendências da política judiciária que ganham corpo na nossa Constituição Federal, com os ares da justiça social que dela brotam, reduzem totalmente as intenções que possam haver em reduzir o processo a um simples tecnicismo, um simples

8 Cf. MORAES, Alexandre de, 2002, p. 64.

9 Sob o enfoque de instrumento, como meio de se alcançar a ordem jurídica justa.

10 Cf. BASTOS, Celso Ribeiro, 1990, p. 208.

11 LIEBMAN, Enrico Túlio apud MARINONI, Luiz Guilherme, 1999, p. 21.

programa operador de dados, em analogia com um programa de computador, de conduzir-se um processo socialmente neutro.

Deve-se buscar os resultados sociais possíveis de serem explorados com este instrumento.

O processo deve caminhar para se tornar um instrumento político de participação; isto se deve à democratização do Estado aliada a sua elevação à garantia constitucional. J. J. Calmon de Passos nos leva ao processo democrático¹²:

“Cumpro proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização dos direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito, ao mesmo tempo.”

2 OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. A TUTELA DA AÇÃO COLETIVA

2.1 Surgimento

Vamos usar os direitos sociais para chegarmos até os interesses transindividuais na amplitude recebida pela atual Constituição Federal.

Segadas Vianna¹³, ao falar sobre os antecedentes históricos do direito do trabalho, diz-nos que o empregado era entregue à sua fraqueza, abandonado pelo Estado, que apenas lhe afirmava que era um ser livre, e, “quem diz contratual, diz justo”, e, desse modo, encerrava-se a participação do Estado no que se refere ao regramento das ações em sociedade, não havendo espaço para se questionar o trabalhador como ser humano.

O desempenho insatisfatório de políticas públicas pelo Estado Liberal deu origem às teorias voltadas para a proteção do homem, em uma perspectiva social; a simples defesa do homem individualmente não era mais suficiente: o individual devia ceder lugar ao coletivo.

Chegando a um novo modelo de Estado que começa a surgir a partir da segunda metade do XX¹⁴, que chamaremos de Estado Contemporâneo, que vem a se caracterizar por sua acentuada intervenção no domínio econômico e social, em que o ente Estatal passa a incluir em suas diretrizes políticas ações voltadas a resguardar sua sociedade.

No transcorrer do século XX, assistiu-se a uma expansão da economia industrial: as sociedades crescem em tamanho e complexidade, fazendo surgir questões sociais, como, por exemplo, a expansão demográfica das cidades; corolário ainda da expansão industrial, temos a especialização da mão-de-obra que veio a limitar o acesso ao emprego

12 PASSOS, J. J. Calmon de, 1998, p. 95.

13 SÜSSEKIND, Arnaldo et al., 1999, v. I, p. 36.

14 SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry, 1998, p. 27.

de trabalhadores sem a qualificação necessária, dando cabo ao desemprego em massa. Com a aglomeração urbana, surgem os problemas de infra-estrutura básica, como saneamento e água potável, além do acesso à educação escolar. Não é difícil visualizar que a dimensão das reivindicações não é mais atinente a uma só pessoa, e sim a toda uma comunidade: “saúde, trabalho, moradia, educação constituem valores éticos do homem, imagináveis como direito de todos”. O caráter coletivo vai ganhando campo sobre os direitos individuais.

O direito do trabalho, principal componente dos direitos sociais, nasce como um direito que vem para a proteção do ser humano contra as formas desumanas de exploração do homem pelo homem; vem como uma resposta ao Estado Liberal ausente das relações sociais, pregador do livre contrato entre as partes, que durou até o século XIX. Por este ângulo, o direito do trabalho, trazendo em si um enfoque social e não meramente individual de acerto de condições de trabalho entre dois particulares, chega até nós iniciando os ideais do pensamento coletivo, do ser coletivo, mostrando-nos que em uma mesma condição irregular encontram-se várias pessoas, surgindo os interesses transindividuais.

Assim, chega até nossa legislação os direitos difusos e coletivos, os chamados direitos transindividuais, pois surge um direito que tem seu lado individual, no sentido de que afeta o bem-estar de cada uma das pessoas, mas, na forma como é protegido através do ordenamento legal, temos uma categoria que ultrapassa os limites do indivíduo para ser pensado em uma ordem global, um direito que é compartilhado por uma coletividade. Temos um feixe de interesses amarrado por uma situação comum.

O acesso à justiça passa a ser um elemento do Estado Democrático de Direito, um direito fundamental do cidadão, e isto se torna ainda mais enfático diante da gama de direitos sociais que foram elevados a direitos fundamentais na nova ordem constitucional brasileira, e, no modelo democrático de Estado, o Judiciário é o caminho para se pleitear o restabelecimento da ordem violada. Esse acesso à justiça deve ser suficiente para se concretizar a justiça social que hoje vem ditada em nosso ordenamento e não num simples acesso formal, que começa e termina no direito de peticionar. Os novos direitos substantivos que foram trazidos pelas constituições contemporâneas, no sentido de prover juridicamente as pessoas em desvantagem material, os hipossuficientes, como, por exemplo, os consumidores frente às grandes indústrias e redes de supermercados, a população frente às fábricas poluidoras do meio ambiente, os trabalhadores diante dos grandes empresários, deixam para o Poder Judiciário a tarefa de serem transformados em vantagens concretas, pois a população não mais se satisfaz com a simples declaração de direitos estampada nas legislações, como a Declaração dos Direitos Humanos da 1ª metade do século passado; faz-se mister efetivar tais direitos, e o processo judicial é o meio democrático para esse acontecimento.

2.2 Ação coletiva

A ação coletiva vem crescendo em termos de importância e de uso, pois o modelo intersubjetivo trazido pelo CPC/1973 não pode socorrer as demandas coletivas que estão sendo geradas pela sociedade contemporânea. Nas ações coletivas, focaliza-

se o homem como ser social, diferente da conotação individual que existe no atual Código de Processo Civil.

Modificações se faziam necessárias no que se refere à titularidade da ação; no caso dos efeitos da coisa julgada, amplia-se seus limites subjetivos, para alcançar pessoas que não participaram da lide. O objeto da ação coletiva passa a ter um tipo aberto, sendo possível usá-la para a defesa de qualquer interesse ou direito metaindividual que se sentir violado.

A ação coletiva, fruto das necessidades geradas com as sociedades de massa, passou a ser vista também como elemento de mediação de conflitos sociais existentes, e não somente como estancador de lides. Observou-se sua característica política, o que fez aumentar sua difusão e importância entre nós.

2.3 Subdivisão. Ação civil pública

A Constituição Federal, no art. 129, prevê a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

Na Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, o estatuto e as atribuições do Ministério Público do Trabalho, as atribuições reservadas ao *Parquet* Laboral, para atuar na frente de interesses transindividuais, evoluem, pois – como se pode ver –, em seus arts. 83, III, e 84 c/c o art. 6º, VII, *a e d*, e XII, o Ministério Público do Trabalho deve se servir da ação civil pública para a defesa dos interesses coletivos quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

No que se refere aos interesses transindividuais que podem ser abordados pela ação civil pública laboral, já se nota que seu rol foi ampliado em relação ao primitivo rol da Lei nº 7.347/1985. Agora, com a Constituição Federal e com a Lei Complementar nº 75/1993, a ação civil pública trabalhista também pode abarcar direitos sociais constitucionais.

2.3.1 Interesses difusos

Os direitos difusos estão conceituados no art. 81, parágrafo único, I, da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe *in verbis*:

“Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Da definição trazida pela lei, podemos extrair três características: a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e a existência de um vínculo fático que liga os sujeitos envolvidos.

Podemos destacar a 1ª característica como sendo a impossibilidade de fixar o número exato de pessoas que estão sendo atingidas pela violação legal que se quer

reprender através da ação civil pública. Uma ressalva esclarecedora deve ser feita neste aspecto, pois a indeterminação não se faz presente apenas quando se refere a toda uma população de uma área geograficamente limitada, como uma cidade, por exemplo, mas também quando atinge uma população flutuante, como, por exemplo, os freqüentadores de uma reserva ambiental, ou pessoas propensas a preencher determinada vaga de emprego.

Depois, temos a indivisibilidade do objeto como outra característica do interesse difuso, ou seja, não é possível separar a parte que cabe a cada pessoa no objeto em litígio; essa parte não pode ser suprimida do todo, ou seja, ao se satisfazer uma pessoa estará se satisfazendo todas, não é possível que uma pessoa se satisfaça em separado.

Esses direitos humanos, quando ganham corpo nas Constituições¹⁵ dos países, passam a serem referidos como direitos fundamentais¹⁶, traduzem limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

2.3.2 Interesses coletivos

Nos interesses coletivos, a análise de sua definição tem por base o art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Partindo da definição legal, extraímos três características para os interesses coletivos: a indivisibilidade do objeto, a determinação dos sujeitos que compõe um grupo, categoria ou classe e a existência de um vínculo jurídico ligando as pessoas dentro deste grupo, classe ou categoria.

No que se refere à primeira condição para se localizar um interesse coletivo, a indivisibilidade do objeto merece o mesmo esclarecimento feito quando de sua explicação ao se relacionar aos interesse difusos, ou seja, não é possível que o pedido, ao ser atendido, favoreça uma ou algumas pessoas em caso de procedência da ação coletiva todas as pessoas pertencentes a mesma coletividade serão favorecidas não é

15 JUCÁ, Francisco Pedro, 1997, p. 16, apoiando-se em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nos diz que o constitucionalismo foi o movimento político e jurídico que instrumenta a insatisfação da sociedade esclarecida contra o arbítrio e o poder sem limites das monarquias absolutas, propondo a construção de um novo Estado, submetido ao Direito, com os poderes políticos e seu exercício limitados pela lei.

16 GUERRA FILHO, Willis Santiago, 2001, p. 402, esclarece-nos: “De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, do que de um modo geral é chamado de ‘direitos humanos’, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente inversa daquelas que se situam as normas jurídicas, especialmente aquelas de direito interno”.

possível cindir a decisão para favorecer apenas alguns. Mancuso¹⁷ nos traz uma visão do que é este interesse indivisível, ao se referir a interesse coletivo como “síntese” de interesses individuais; ele se origina de uma mistura de interesses individuais, mas, ao se juntarem, fazem surgir uma nova realidade: “surge um ideal coletivo”.

O segundo requisito do interesse coletivo é que traz a sua diferenciação em relação aos interesses difusos, qual seja, o fato de os membros da coletividade serem identificáveis um a um. O objeto da demanda coletiva é indivisível, mas seus titulares são determináveis, em virtude da relação jurídica base que os une. Ressalta-se aqui, que a coletividade já deve estar devidamente organizada quando da ocorrência do fato originário da demanda coletiva e não ser formada após ser atingida pela suposta violação a seus direitos.

Chegando até a terceira característica retirada da lei para a configuração do interesse coletivo, temos o vínculo jurídico ligando as pessoas entre si ou com a parte contrária.

2.4 Ação civil coletiva

Como modalidade de ação coletiva, a ação civil coletiva ingressou no sistema processual dos interesses transindividuais, através do Código de Defesa do Consumidor, art. 91.

Uma diferenciação a ser feita entre as duas ações coletivas é que a ação civil coletiva não possui sede constitucional como ocorre com a ação civil pública, o que – a nosso ver – limita sua atuação aos limites dados pelo CDC, a defesa dos interesses individuais homogêneos.

2.4.1 Interesses individuais homogêneos

Os interesses individuais homogêneos são espécie de direito transindividual por receberem tratamento coletivo, pois seus titulares são definidos individualmente e também podem propor sozinho ação reparatória. São interesses individuais, mas que ultrapassam a pessoa do indivíduo para conseguirem proteção coletiva.

Esta abertura feita pelo legislador para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos foi um grande passo no sentido de aprimorar o sistema processual brasileiro e oferecer um efetivo acesso à justiça para a sociedade, seguindo as diretrizes traçadas pela Constituição Federal, conforme já visto no capítulo I.

3 DIREITOS SOCIAIS. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 Posição na Constituição Federal de 1988

Na nossa Carta Política, os direitos fundamentais se manifestam em cinco grupos¹⁸, a saber: direitos individuais, art. 5º; direitos coletivos, art. 5º; direitos sociais,

17 MANCUSO, Rodolfo de Camargo, 2000, p. 51.

18 SILVA, José Afonso da, 1999, p. 187.

arts. 6º e 193 e ss.; direitos à nacionalidade, art. 12; e direitos políticos, arts. 14 a 17.

Essa divisão e ao mesmo tempo ampliação dos direitos fundamentais trazidos pela nossa nova ordem constitucional confirma o caráter histórico e evolutivo deles e nos chama a atenção para uma integração que se deve ter entre todos eles, de forma a se procurar ampliar cada vez mais as conquistas da sociedade, que deve buscar na Constituição Federal explicação para respaldar seus anseios a uma vida igualitária, justa e digna. Os direitos fundamentais nela previstos devem se integrar¹⁹, de forma que os direitos sociais ali previstos devem barrar formalismos abstratos. Estes novos direitos constitucionais do homem devem ser usados na busca de lhes dar conteúdo real e eficaz a todos os demais direitos fundamentais, pois os direitos sociais trazem em sua interpretação a aplicação da igualdade material e não meramente formal, como de início se preconizavam as primeiras constituições do Estado de Direito.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o prepotência do Estado Absoluto, com a finalidade de limitar seus poderes arbitrários, os direitos sociais surgem necessitando para sua realização prática, o contrário, ou seja, a intervenção do Estado nas relações sociais. Podemos, nesta altura, fazer uma colocação extraída da obra de Bobbio²⁰, de que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los: trata-se de um problema não filosófico, mas político.

3.2 Constitucionalismo social

Em havendo uma omissão estatal no cumprimento das regras constitucionais traçadas para se efetivar em vias práticas os direitos trabalhistas, como, por exemplo, na ausência de uma política de resultados satisfatórios para os trabalhadores contra o desemprego e também um sistema direto de proteção contra a despedida²¹ arbitrária ou sem justa causa, avulta-se a dignidade humana.

Os Estados Contemporâneos²² incorporaram em suas tarefas e finalidades a intervenção na economia e também nas relações de trabalho, atribuindo significado político e portando diretrizes da atuação estatal. Uma das conseqüências desta união pode ser encontrada na nossa Constituição Federal, no Título referente à “Ordem Econômica e Financeira”, em especial o art. 170, VII, dando-nos em nível constitucional a disciplina das relações econômicas de trabalho e as garantias fundamentais, capazes de preservar a

19 Podemos aplicar nesta oportunidade o princípio da unidade da Constituição, que deve ser aplicado para se evitar contrariedades em seu corpo, obrigando-se o intérprete a considerá-la na sua globalidade e harmonicamente.

20 BOBBIO, Norberto, 1992, p. 24.

21 A regulamentação do art. 7º, I, da CF/1988 daria um mínimo de eficácia a essa garantia constitucional.

22 SÜSSEKIND, Arnaldo 1999, p. 42, dá-nos uma demonstração da amplitude da questão, pois a OIT propôs à OMC a introdução da cláusula social nos contratos comerciais, em virtude da qual a importação de bens ficaria condicionada à ratificação e observância, pelo país exportador, de algumas convenções internacionais de trabalho. A proposta foi rejeitada pela OMC (Cingapura, março/1997), com o argumento de se tratar de questão interna da OIT.

dignidade humana nos padrões atuais, ou seja, participação na vida econômica do país, emprego, renda, integração na vida social, etc. Podemos retirar daqui que o constitucionalismo social se preocupa com homem em sua integralidade, retirando os excessos do individualismo liberal e englobando também o aspecto econômico.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO USO DA AÇÃO COLETIVA PARA BUSCAR VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE FALSOS COOPERADOS

4.1 Ministério Público pós-Constituição Federal de 1988

Machado²³ nos traz uma perspectiva atual e moderna da instituição, ao relatar que, durante sua evolução e principalmente até se chegar à atual Constituição, o Ministério Público “veio deslocando-se em direção à sociedade civil”, quer como defensor do interesse público em geral, quer como defensor dos interesses sociais indisponíveis, não podendo ser enquadrado dentro do modelo tripartite ou mesmo como um quarto poder.

Nos arts. 1º a 4º da CF/1988, temos os traços de um autêntico Estado Democrático Social de Direito, que o constituinte afirmou com absoluta ênfase, e que o Ministério Público deve defender por missão absolutamente suprema. Estabeleceu-se, assim, uma nítida vinculação entre a instituição do Ministério Público e a efetividade do Pacto Social proposto pela nossa nova Constituição. Para tanto, pedimos vênias para mais uma vez trazer as lições de José Afonso da Silva²⁴:

“A democracia como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito – chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social Democrático de Direito da Constituição Espanhola, art. 10º [...]. Não se trata de mero conceito formal, mas de um conceito tendente à realização de uma democracia socialista.”

Goulart²⁵ associa esta atuação nova do Ministério Público com o uso democrático do Direito como a opção que afirma a prevalência dos interesses ligados à emancipação dos grupos sociais que estão marginalizados no processo político e econômico, utilizando-se, para isso, de todas as possibilidades técnicas oferecidas pelo direito,

23 MACHADO, Antônio Alberto, 1999, p. 141-142.

24 SILVA, José Afonso da, 1999, p. 116.

25 GOULART, Marcelo Pedroso apud MAZZILLI, Hugo Nigri, 2001, p. 72.

posto que, num primeiro momento, esse uso democrático do direito significaria: a) fazer cumprir as leis que já existem e não têm eficácia social, pois tutelam interesses dos grupos sociais marginalizados; b) encontrar nos princípios constitucionais os critérios das opções interpretativas, uma vez que temos uma Constituição democrática que convive com uma legislação infraconstitucional arcaica; e c) explorar as contradições e as ambigüidades do direito positivo.

4.2 Origem e formação legal do vínculo de emprego

Na atual conjuntura, a CLT traz três artigos que buscam delinear o vínculo empregatício e, por consequência, vestir qualquer relação que se apresente com estas definições como relação de emprego por imperativo legal. O primeiro destes artigos é o art. 2º da CLT, que preceitua o que é empregador, *in verbis*: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Analisando este pólo da relação de emprego, o empregador, temos que o artigo coloca a empresa como o centro da obrigação trabalhista gerada com o empregado; assim, salvo em caso de fraude, a empresa é que garante o contrato de trabalho. Essas colocações nos levam a afirmar que ocorre o fenômeno jurídico conhecido como despersonalização do empregador, ou seja, independente da mudança na razão social ou nos sócios da empresa, esta é a titular da obrigação trabalhista e nesta linha temos os arts. 10 e 448 da CLT que, respectivamente, dizem, *in verbis*: “Qualquer mudança na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos de seus empregados”, e “a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”.

No outro pólo está a figura do empregado e devemos começar pela definição que nos foi dada pela lei, art. 3º da CLT, *in verbis*: “Empregado é toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Extraem-se da definição acima os elementos para a caracterização da figura do empregado e, por consequência, do empregador. O primeiro elemento caracterizador e mais fácil de se verificar é que empregado sempre será uma pessoa física; junto a essa característica, também extraímos da lei que a prestação do trabalho deve ser pessoal, deve ser *intuitu personae*, deve se revestir de infungibilidade no que se refere a pessoa do empregado: este não pode se fazer substituir por outro trabalhador no cumprimento do contrato de trabalho. O segundo elemento é que os serviços devem ser prestados de modo não eventual. O trabalhador deve estar atrelado à atividade econômica da empresa, estar sempre ligado a sua operação. Um outro critério para localizar a figura do empregado diz respeito à remuneração, ou seja, o trabalho prestado não pode se dar a título gratuito: o empregado deve receber uma contraprestação pecuniária em relação ao trabalho ofertado ao empregador.

O trabalhador também deve se sujeitar à subordinação jurídica ditada pela lei, pois, como o empregador é quem tem a direção do negócio²⁶, o empregado lhe deve obediência, deve participar do desenvolvimento do empreendimento de acordo com as diretrizes que lhe forem traçadas pelo empregador.

4.3 A fraude na relação empregatícia. Cooperado e empregado. Efeitos

Apesar da caracterização que a legislação laboral procurou colocar na relação de emprego de forma a revelar sua existência sempre que a descrição legal dos arts. 2º e 3º da CLT – definição de empregado e empregador – se fizerem presentes, o que tirou por completo do âmbito de discricionariedade das partes contratantes a formação ou não de um vínculo de emprego entre ambos, principalmente nos tempos atuais com o destaque constitucional que a questão empregatícia recebeu, comumente se encontra pessoas intencionadas em fraudar a legislação trabalhista em vigor simulando²⁷ os atos jurídicos que se formam entre ambas a fim de evitar a aplicação dos preceitos de ordem pública consagrados pelas leis de proteção ao trabalho. Nessa situação, o Direito deve mostrar sua função de distribuir justiça, equilibrar partes desiguais e desprestigiar quem procura se favorecer da deficiência alheia.

A fraude à lei nas relações de trabalho pode ocorrer por ato unilateral do empregador ao usar maliciosamente um direito com o objetivo de impedir ou desvirtuar a aplicação da lei protetiva ao trabalhador, ou de ato bilateral, quando empregado e empregador simulam a existência de falsa relação jurídica entre ambos, a fim de ocultar a natureza do ato realmente existente.

Tratando-se especificamente do caso do empregado que se vê inserido no modo de produção apresentado como um cooperado, a CLT traz uma regulação específica que possui mais níveis de tolerância. A Lei nº 8.949/1994 acrescentou um parágrafo único ao art. 442 da CLT, *in verbis*: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Partindo de uma perspectiva de valorização do vínculo empregatício da forma como se encontra hoje em nossa legislação suprema²⁸, devemos partir da idéia de que este parágrafo único nos traz uma presunção relativa e não absoluta, ou seja, não satisfeitos os requisitos de uma cooperativa legítima, estaremos diante de empregados e não de cooperados e – por consequência – de uma empresa interceptora de mão-de-obra que busca frustrar a relação de emprego que está oculta.

26 Esta assertiva é retirada do art. 2º da CLT, que diz caber ao empregador os riscos da atividade econômica; logo, ao menos, ele deve dirigir esta atividade da qual irá se responsabilizar.

27 DELGADO, Maurício Godinho, 1999, p. 264, elenca elementos jurídico-formais para se verificar sobre a relação empregatícia, licitude do objeto, forma contratual prescrita em lei ou por esta não proibida e higidez na manifestação da vontade das partes. Para este trabalho, ficaremos apenas com o terceiro elemento, a manifestação de vontade.

28 Constituição Federal de 1998, arts. 1º, IV; 6º; 7º; 170, VIII; e 193, conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

Para se procurar a intenção do legislador, pode se justificar que ele buscou facilitar a terceirização de mão-de-obra, mas nesta hipótese, como nas demais, a terceirização só pode se dar nas atividades-meio da empresa e nunca na atividade-fim²⁹.

CONCLUSÃO

Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos. Busca da tutela constitucional do emprego

A legitimidade do Ministério Público para ajuizamento da ação civil pública teve início com a Lei nº 6.938/1981, passando pela Lei Complementar nº 40/1981 e Lei nº 7.347/1985. A Constituição Federal, em dois momentos, confirmou essa legitimidade: presumidamente, no art. 127, ao dispor sobre as suas funções institucionais; e, expressamente, no art. 129, § 1º.

A ação coletiva a ser postulada pelo Ministério Público do Trabalho neste caso tem como meta fazer transparecer o vínculo de emprego existente entre cooperados-empregados e seus tomadores de serviços. Estamos tratando aqui com um grupo que não está disperso no meio da população ou de toda uma civilização, com dificuldades intrinsecas de se denominar um a um os componentes do grupo; logo, não estamos diante de um interesse difuso. O pedido de reconhecimento de vínculo de emprego feito pelo Ministério Público do Trabalho a favor dos cooperados-empregados também não se encaixa como um direito coletivo, pois não há uma relação jurídica que una os favorecidos, e sim apenas uma situação de fato, o que coloca este pedido dentro da categoria dos direitos individuais homogêneos, pois estamos diante de um número determinável e identificável de pessoas que possuem uma origem comum, o fato de prestarem serviços para um mesmo tomador.

No que se refere diretamente à defesa coletiva pelo Ministério Público do Trabalho dos direitos individuais homogêneos, a doutrina se divide em três correntes: a primeira delas é a corrente restritiva, que defende que a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública é apenas para amparar interesses coletivos que se vinculem aos direitos sociais inscritos nos arts. 7º e 11 da Constituição Federal, e não para defesa de interesses difusos e individuais homogêneos.

A segunda corrente, teoria eclética, segue a Súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, com o seguinte teor:

“O Ministério Público está legitimado a defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou a segurança das pessoas, ou o acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos

29 Nesse sentido é a Súmula 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, Lei nº 7.102/1983, e de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (grifos nossos).

lesados; c) quando convenha para a coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.”

A terceira corrente traz uma teoria ampliativa da atribuição do Ministério Público do Trabalho, ao se apoiar não no art. 83, III, da LC 75/1993, mas no art. 84 da mesma lei, que, ao se remeter ao Capítulo II do Título I, insere entre as atribuições do Ministério Público do Trabalho a promoção de ação civil pública para a defesa de “outros interesses individuais, indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (art. 6º, VII, *d*), autorizando a tutela de interesses individuais homogêneos através de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho. Esta posição admite incondicionalmente a legitimação do Ministério Público do Trabalho para a promoção da ação civil pública em defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos trabalhistas³⁰.

Aqui se baseia em três objetivos básicos: amenizar possíveis barreiras psicológicas e técnicas que dificultam o acesso ao processo da parte fraca, o de desestimular condutas sociais indesejáveis que se identificam no contexto social, econômico, político e jurídico da realidade de nosso País³¹. A legitimação para essa ação coletiva foi dada a algumas instituições, e entre elas o Ministério Público do Trabalho.

Dentre as posições adotadas acerca do ajuizamento de ação coletiva pelo Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos, optamos pela mais ampliativa e assim seguimos em virtude da nova ordem constitucional que está implantada em nosso País.

Essa atuação Ministerial é de suma importância e está em consonância com a atual ordem jurídica. Como demonstrado, o pedido de vínculo de emprego está em total sintonia com a proteção que a Constituição Federal de 1988 concedeu ao trabalhador, a defesa do emprego se equipara à defesa de um direito fundamental da pessoa. No caso do trabalho cooperado, quando este é desvirtuado de seus reais objetivos para dar asas à exploração do homem pelo homem, gerando pobreza e falso desemprego, o processo coletivo tem que ter cabimento para que várias, ou melhor, para que todas as situações de infração à ordem legal sejam desfeitas de uma só vez e de forma célere e uniforme, de modo a procurar inibir essa prática rotineira por parte dos empregadores.

O Ministério Público tem legitimidade para conduzir esta ação, pois guardião da CF e do regime democrático, toda conduta que vise criar obstáculos ou negar direitos postergados pela Constituição Federal e que, no caso dos direitos sociais, fazem parte da estrutura do nosso Estado Democrático de Direito e que são frutos de gerações que vêm buscando estas conquistas deve de imediato ser combatida pelo Ministério Público que tem como missão implantar e preservar a ordem constitucional.

Temos como instrumento adequado para este intento a ação civil coletiva, face a sua designação específica para esta defesa, conforme determinado pelo CDC, em seu art. 92.

30 LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2001, p. 188.

31 Ibidem, diz que o nosso legislador adaptou o sistema da *common law* ao sistema da *civil law*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *O acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. São Paulo: LTr, v. I, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (Org.). *Direito constitucional*. Brasília: Consulex, 1998.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, v. I, 2001.
- _____. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRANCO, Georgenor de Sousa Filho. Identificação dos direitos humanos. In: *Estudos de direito constitucional*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dimensão dos direitos fundamentais e teoria processual da constituição. In: *Estudos de direito constitucional*. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.
- JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Ação civil pública*. Nova jurisdição trabalhista metaindividual. Legitimação do Ministério Público do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. *Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Lei de introdução ao direito ao código civil e aplicação ao direito do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. Conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MAZZILLI, Hugo Nigri. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Voltaire de Lima (Org.). *Ministério Público, direito e sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- NAHAS, Thereza Christina. *Legitimidade ativa dos sindicatos*. São Paulo: Atlas, 2001.

- PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.). *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.
- SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.
- SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, v. I, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de processo do trabalho: ação civil pública*. São Paulo: LTr, 1998.



O PRIMEIRO ESTÁGIO – EXPERIÊNCIAS DE UM ESTAGIÁRIO*

Ana Maria Cristina Aparecida da Silva

Aluna do 3º Ano (turma de fev./2006 a dez./2006) do Curso de Direito da Faccamp.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Seleção para o estágio; 2 A entrevista; 3 O estágio; 4 Pontos negativos e positivos; Conclusão.

RESUMO: Serão abordados os pontos negativos e positivos de ser estagiário, nos primeiros anos do curso, como também as dificuldades encontradas em compartilhar o curso com o estágio. Fruto dessa experiência farei um breve comentário sobre um dos maiores problemas do Poder Judiciário: o congestionamento no andamento dos processos.

INTRODUÇÃO

Quando ingressamos em um curso superior, é comum que, logo no primeiro ano, surja o desejo de fazer um estágio. Posso afirmar que o estágio inicial poderá interferir no desenvolvimento do aperfeiçoamento do curso, tanto de forma positiva, como de forma negativa.

Este trabalho abordará as experiências que tive no meu primeiro estágio e as observações a partir de um ponto de vista privilegiado: dentro de um cartório judicial, no exercício de uma atividade auxiliar do Poder Judiciário.

1 SELEÇÃO PARA O ESTÁGIO

Quando o acadêmico se inscreve para ser estagiário, a expectativa de ser escolhido é muito grande. Ao me inscrever, a expectativa foi enorme. Os demais alunos que se inscreveram não pensavam em outra coisa, sendo que o interesse não era pela remuneração, pois o estágio não era remunerado. Com isso, pode-se notar que os alunos estavam interessados unicamente no estágio e em adquirir conhecimento.

Relato aqui a seleção para estagiar no Fórum de Campo Limpo Paulista. Primeiramente, o comunicado da seleção para o estágio foi fixado nas salas de aulas para os alunos que estavam cursando a partir do terceiro semestre. Os interessados tiveram o prazo de quinze dias para se inscreverem.

A seleção tinha como critérios as notas obtidas e o desempenho do aluno no semestre anterior.

* Elaborado sob a orientação do Prof. José Rubens Demoro Almeida.

Muitos alunos se inscreveram e, quando a listagem dos selecionados foi fixada no mural da faculdade, ficaram eufóricos ao verem seus nomes naquela lista. Os que não conseguiram tentaram outras vezes e muitos deles foram selecionados posteriormente.

2 A ENTREVISTA

Na hora e local designados, todos os estagiários estavam ansiosos. Não é todo dia que são apresentados e entrevistados pelo juiz da cidade. Ao chegar ao Fórum, o encontro com os outros estagiários selecionados demonstra que alguns estavam nervosos, mas todos felizes por estarem no início do curso e já estarem estagiando. Um dos Diretores do Fórum mostrou o funcionamento dos cartórios e de outros departamentos e seções e apresentou os funcionários. Em seguida, iniciou-se a entrevista com o juiz.

A maioria dos estagiários mostrou timidez nesta entrevista. Mas isso não passou de nervosismo, pois o juiz apenas queria saber com qual área do Direito nos identificamos, para que pudéssemos ter um aproveitamento maior do estágio.

Logo após a entrevista, foi designado o lugar em que cada um de nós iria estagiar. Uns foram para a 1ª Vara Civil, outros, para a 2ª Vara, e alguns, para o Juizado Especial.

3 O ESTÁGIO

Posso dizer que ser estagiária é muito bom, pois, além de podermos ter contato com os casos concretos, assimilamos a aplicação das normas a eles, adquirimos vocabulário jurídico, aprendemos detalhes que fazem a diferença ao ingressar com qualquer ação.

Contudo, infelizmente, deparamos-nos com um dos maiores problemas do Poder Judiciário: o congestionamento no andamento dos processos.

É de conhecimento geral que o principal problema do Poder Judiciário é a sua lentidão. Onde está o problema? No sistema judiciário? Nos funcionários que compõem o sistema? Será que os brasileiros pagam pouco para garantir o funcionamento da Justiça? Talvez seja difícil dizer o motivo pelo qual há congestionamento nos andamento dos processos.

Pode-se tentar enumerar algumas causas que geram a lentidão dos processos.

A visão de quem está fora do sistema é completamente equivocada: antes eu pensava que os funcionários eram os culpados, mas esta visão mostrou-se errônea. Desde que comecei a frequentar o Fórum, consegui observar que todos são culpados! A cada dia que passa, fico mais descrente de que um dia a lentidão da justiça possa acabar.

O erro começa desde a administração do local e segue até os procedimentos dos superiores. Todos os dias ocorre um problema: um dia o computador do escrevente quebra; no outro a tinta da impressora acaba; os funcionários tiram de sua remuneração

os instrumentos básicos para seu trabalho, pois a administração não os fornece, e quando o faz, o material não é suficiente. Os funcionários da limpeza executam seu serviço durante a jornada de trabalho dos escreventes, dificultando o andamento do serviço. Como mencionado, os funcionários não têm ferramentas básicas para trabalhar, a ponto de o escrevente ter que comprar uma simples caneta.

Além disso, juízes e promotores contribuem para a lentidão dos processos, pois chegam ao Fórum na parte da tarde, horário em que começam as audiências. Como vão despachar os processos? Esse serviço fica sobre a responsabilidade do escrevente, que acaba acumulando funções: despacha, publica, atende advogados, arquivava, etc. Mais um motivo que contribui para a lentidão nos processos.

Existem processos que estão no arquivo provisório há meses. Uma ação de inventário demora até cinco anos para ser concluída, ou uma interdição até três anos, em média.

Os advogados também têm uma parcela de culpa no congestionamento do andamento dos processos. Alguns não sabem contar prazos, outros retiram o processo em carga e não o devolvem, obrigando o oficial de justiça, com um mandado de busca e apreensão, ir até o escritório do advogado para apreender o processo e levá-lo novamente ao Fórum. Outros intimados pelo Diário Oficial do Estado são notificados de que precisam se manifestar, para que possa ser dado andamento ao processo, mas não se manifestam e quando o fazem, muitas de suas petições estão erradas, ou são indeferidas ou necessitam ser emendadas.

São incidentes que acontecem e que se tornam problemas não resolvidos. Se aqui, nesta cidade, acontece isso, o que poderá acontecer nas grandes cidades?

Em virtude desses fatos mencionados, pode-se observar uma das causas do congestionamento nos processos.

Na minha percepção, a lentidão tem como acabar ou ao menos diminuir. Primeiramente, os funcionários do Fórum (escreventes, por exemplo) não deveriam ter acúmulo de funções; deveriam ter o mínimo de ferramentas para que possam concluir seu trabalho, com mais agilidade; os funcionários deveriam ter conhecimento na área em que estão executando seu serviço; os processos mais simples de serem solucionados deveriam ser agilizados, para serem concluídos mais rapidamente.

Particularmente, espero que a nova geração dos operadores do direito mude essa situação, que tende a piorar.

4 PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Como já mencionado, o estágio tem suas vantagens: pode-se analisar casos concretos, adquirir vocabulário jurídico, além de poder acompanhar passo-a-passo qualquer ação.

Todavia, o estágio também tem seus pontos negativos, ou seja, tem-se menos tempo para poder estudar a matéria ministrada no curso, além de muitas vezes seu

trabalho, no estágio, não ser reconhecido, além de não ter aproveitamento das férias de final de ano, pois temos que continuar estagiando, independentemente das férias escolares.

Contudo, esses e outros pontos negativos devem ser compreendidos por meio do conhecimento que adquirimos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que estagiar no início do curso é gratificante, mas, como mencionado, o estágio pode também atrapalhar no desenvolvimento do aluno no curso. Particularmente, não me arrependo de ter estagiado no Fórum, mas, durante o período em que estagiei, tive muitas decepções. Tinha a ilusão de que todos que estavam envolvidos no sistema judiciário lutavam para que a justiça realmente fosse feita. Infelizmente, deparei-me com pessoas mesquinhas e sem sede de justiça, que não pensam no próximo e que não pensam que uma simples ação de alimentos pode decidir o sustento de uma criança.

Por fim, ressalto que os operadores de Direito, de uma forma geral, ou seja, do juiz ao escrevente, devem ter “sede de justiça”, executar seu serviço, pensando no bem-estar do próximo, não apenas na remuneração que vão receber no fim do mês, esta é uma das formas para que haja justiça.

DANO AMBIENTAL

**Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Teixeira,
Osmar Donizete da Silva, Fabiano Bizeto e Rosângela Almásy**

Alunos do 4º Ano do Curso de Direito da FACCAMP (turma de ago./
2005 a jun./2006). Pesquisa realizada sob orientação do Professor
Mauro Cabral dos Santos, da disciplina de Direito Processual Penal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Política nacional do meio ambiente; 2 Meio ambiente na Constituição Federal de 1988; 3 Patrimônio ambiental brasileiro; 4 Classificação; 5 Responsabilidade objetiva; 6 Responsabilidade penal das pessoas física e jurídica; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho, apresentado à disciplina de direito processual penal, apresenta seu enfoque na questão do dano ambiental. Expõe a importância atribuída à responsabilidade objetiva, que impõe ao poluidor e ao predador a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, na qual o legislador infraconstitucional, num reforço das normas civis e administrativas, também deu ênfase à reparação do dano, a ela fazendo expressa referência em várias oportunidades.

INTRODUÇÃO

Acentuam autores alienígenas e nacionais que a expressão *meio ambiente*, embora soe bem, não é a mais correta, isso porque envolve em si mesma um pleonasma. Para essa corrente, os termos *ambiente* e *meio* são sinônimos, porque “meio” é precisamente aquilo que envolve, ou seja, o “ambiente”. Ao inverso destes, para Marcelo Abelha Rodrigues, “as palavras ‘meio’ e ‘ambiente’ signifiquem o entorno, aquilo que envolve o espaço, o recinto, a verdade é que quando os vocábulos se unem, formando a expressão ‘meio ambiente’, não vemos aí uma redundância como sói dizer a maior parte da doutrina, senão porque cuida de uma entidade nova, autônoma e diferente dos simples conceitos de meio e de ambiente”¹ (*sic*).

A Lei nº 6.938/1981, no seu art. 3º, I, enuncia: “Para fins previstos nesta lei, entende-se por: I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

1 POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

O mais importante diploma legal brasileiro na área ambiental é, sem dúvida alguma, a Lei nº 6.938/1981, e assim é por uma razão muito simples: essa lei materializa a tradução jurídica da Política Nacional do Meio Ambiente, traçada no início dos anos 80 como reflexo de toda uma evolução política internacional. Esta lei, somada à Constituição Federal de 1988, consagrou os princípios do direito ambiental brasileiro. Dentre eles temos:

1 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

- a) princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (art. 225, *caput*, § 1º, da CF);
- b) princípio da prevenção e da precaução (art. 225, *caput*, § 1º, IV, da CF), no qual se exige o estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório;
- c) princípio da educação ambiental (art. 225, *caput* e § 1º, VI, da CF);
- d) princípio da participação (art. 225, *caput*, da CF);
- e) princípio do poluidor-pagador (art. 225, § 3º, da CF);
- f) princípio do desenvolvimento sustentado.

2 MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 tratou da questão ambiental no art. 225 do Capítulo VI do Título VIII – Da Ordem Social, constituindo esse o seu núcleo, devendo, no entanto, ser interpretada sistematicamente com os demais dispositivos constitucionais, seja por se tratar de regra de hermenêutica jurídica², seja pelo fato de haver, ao longo do texto constitucional, diversos dispositivos com valores ambientais.

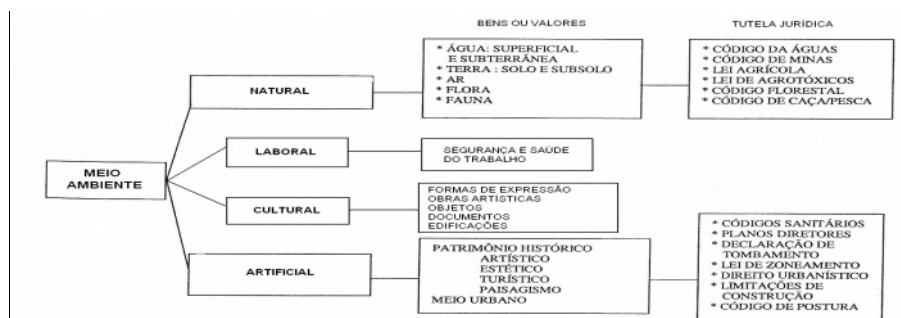
Vários são os dispositivos constitucionais que se reportam ao meio ambiente, ora explicitamente: arts. 5º, XXII; 20; 24; 91, §1º, III; 129, III; 170, VI; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V; 220, § 3º, II; 231, § 1º; ora implicitamente: arts. 21, XIX, XX, XXIII, XXIV e XXV; 22, IV, XII e XXVI; 23, III e IV; 24, VII; 26, I; etc.

3 PATRIMÔNIO AMBIENTAL BRASILEIRO

Apesar de o meio ambiente constituir-se em bem de uso comum do povo, a Constituição brasileira faz uma classificação e divide os bens ambientais entre a União e os Estados-membros, para efeitos de competência político-administrativa de atuação e que acaba refletindo na órbita da responsabilidade civil e penal ou mais precisamente na competência dos órgãos de prestação jurisdicional e na atribuição do Ministério Público.

4 CLASSIFICAÇÃO

Quadro Sinóptico dos Bens Ambientais na Constituição Federal de 1988



- 2 Observamos que a hermenêutica jurídica aponta, dentre outras das suas técnicas ou processos interpretativos, o “sistemático”, que “é o que considera o sistema em que insere a norma, relacionando-a com outras normas concernentes ao mesmo objeto”.

5 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A regra básica do Código Civil é a responsabilidade subjetiva, envolvendo a existência de dolo ou culpa do agente, visando a estabelecer a obrigação de reparar o dano. Entretanto o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), sem prejuízo da responsabilidade subjetiva, acresceu de forma expressa, em seu art. 927, parágrafo único, a obrigação de reparar o dano, independentemente da culpa: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Predomina assim, atualmente, o entendimento de que uma solução verdadeiramente merecedora de chamar-se justa só poderia achar-se na teoria do risco. Com efeito, estaria longe de corresponder ao senso de justiça a solução por via da qual se permitisse deixar ao lesado o prejuízo por ele sofrido, simplesmente porque aquele que devia responder pelo dano conseguiu provar que usou de todos os recursos possíveis no sentido de evitar o resultado lesivo.

A Lei nº 6.938, de 1981, que criou a política nacional de meio ambiente, em seu art. 14, § 1º, estabeleceu a responsabilidade objetiva a todos os danos causados ao meio ambiente, alcançando tanto a pessoa física como a jurídica que deu causa à lesão ambiental. A Carta Magna de 1988, em seu art. 225, § 3º, recepcionou a Lei nº 6.938, de 1981, e deixou intacta a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental. Também, em nível constitucional, o legislador estabeleceu a responsabilidade objetiva e reparação integral do dano resultante de atividade nuclear³.

Tal concepção representa um avanço em relação ao tradicional sistema baseado na idéia de culpa do agente causador do dano, a ser demonstrada pela vítima. Isso equivalia a deixá-la irressarcida, ante a impossibilidade de ser produzida prova. A teoria da responsabilidade presumida veio reverter o ônus da prova, além de limitar a elisão da presunção às hipóteses de culpa da vítima e caso fortuito.

Portanto, na responsabilidade objetiva por dano ambiental, basta ter a existência do dano e o nexo com a fonte poluidora ou degradadora. Assim sendo, verifica-se que o legislador adotou o risco como fundamento da responsabilidade civil.

6 RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA

A grande vedete da lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998) é a responsabilização da pessoa jurídica, muito embora a autorização de previsão legislativa não fosse uma novidade, uma vez que já estava insculpida no texto constitucional tanto para a esfera penal do ambiente (art. 225, § 3º) quanto para a tutela penal da economia popular. Assim dispõe o art. 2º:

3 Na atividade nuclear, a responsabilidade civil independe de existência de culpa, conforme disposto no art. 21, XXIII, c.

“Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”

Já a responsabilidade da pessoa jurídica, encontra-se no art. 3º:

“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

Pode-se extrair do sistema jurídico brasileiro uma regra de extensão *in utilibus* da sentença penal, que produz eficácia na seara civil. Assim, a condenação penal torna certo o dever de indenizar no cível, tal como se depreende do art. 584, III, do CPC.

CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente e a sua reparação constituem, na atualidade, uma das maiores preocupações de todo o planeta. A grave situação em que se encontra o ecossistema faz com que se torne indispensável que os danos ambientais sejam reparados com rapidez e de modo adequado e integral, para que o quadro da degradação das já precárias condições em que a vida é sustentada não seja ainda mais comprometido, sob pena de se configurar um cenário de irreversibilidade que comprometeria o futuro da humanidade para sempre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISSO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERNANDES, Paulo Victor. *Impacto ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.
- _____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE*

Dayane Marciano de Oliveira Castro

Aluna do 4º Ano (Turma fev./2006 a dez./2006) do Curso de Direito da Faccamp, Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perfil constitucional do Ministério Público; 2 Tutela constitucional, conceito de meio ambiente e bem jurídico tutelado; 3 Agressões ao meio ambiente; 4 Os crimes ambientais e a atuação do Ministério Público; Linhas conclusivas; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho, sem o intuito de esgotar o assunto, tem o objetivo precípuo de transcorrer sobre a importância constitucional do Ministério Público na proteção do meio ambiente.

INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental Constitucional, determinado pelo art. 225 da Carta Magna, acertadamente garante o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Todavia, a possibilidade da degradação ambiental não é remota, e tanto por isso a Constituição de 1988 determinou a ação do Ministério Público para proteger o nosso meio ambiente.

Nesta perspectiva constitucional, o art. 129, III, trata da atribuição da instituição para promover o inquérito civil e a ação civil pública, em proteção ao meio ambiente, ao patrimônio público e social e aos demais interesses difusos e coletivos.

Trataremos, a seguir, especificamente da proteção constitucional do meio ambiente, em consonância com a função institucional, do Ministério Público em busca da efetiva proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1 PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CF/1988, em seus arts. 127 a 130, Seção I, trata das funções essenciais à justiça. Neste contexto, o Ministério Público é a instituição responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. *In verbis*, o art. 129 da Lei Maior:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: 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 nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio

* Trabalho realizado sob a orientação do Professor Mauro Cabral dos Santos, Promotor de Justiça Criminal do Estado de São Paulo e Titular da Disciplina de Direito Processual Penal da FACCAMP.

público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Vê-se, pois, que a atuação do Ministério Público não se restringe à área criminal. Suas funções são exercidas, igualmente, nas áreas ambiental, cível, de cidadania, de patrimônio público, de infância e juventude, entre outras.

Saliente-se, por oportuno, perfilhando a opinião de Celso Ribeiro Bastos, que tal instituição tem sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário em pontos que este remanesceria em estado de inércia, pois, afinal, o interesse lesado não diz respeito a pessoas determinadas, e, sim, a toda coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica, por vezes, lhes confere direitos sobre os quais não podem dispor¹.

Há a clara necessidade de um órgão que vale tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecem um especial tratamento do ordenamento jurídico².

2 TUTELA CONSTITUCIONAL, CONCEITO DE MEIO AMBIENTE E BEM JURÍDICO TUTELADO

Mister se faz retomar o art. 225 da CF/1988, onde consta expressamente que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Não há negar-se um Direito Ambiental Constitucional brasileiro. Este, por sua vez, concretizou-se de forma positiva no ordenamento jurídico com a CF/1988, embora não nos restassem dúvidas de sua importância dentro de um Estado Democrático de Direito, diante de sua complexidade. Aliás, a Lei nº 6.938/1981 foi plenamente recepcionada pela Lei Maior. Ora, “a destruição do ambiente constitui um dos mais ingentes problemas que a humanidade tem deparado”³.

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 339.

2 Idem, *ibidem*.

3 PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

Sábias palavras doutrinárias prelecionou o insigne mestre José Arnaldo de Oliveira Nascimento, quando aduziu que “a preocupação da proteção e defesa do bem ambiental não consegue se dissociar da existência humana desde o início dos tempos”⁴. Com efeito, salientou ainda que, “por ser de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o bem ambiental, protegido pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988, está, de uma forma ou de outra, intimamente ligado à vida”⁵.

Ao encontrarmos fundamentadamente valores essenciais da sociedade na Lei Maior, também deparamo-nos com fundamentos indissociáveis à compreensão do bem tutelado pelo Direito Ambiental: a flora e a fauna, as águas superficiais e subterrâneas, os ecossistemas terrestres e aquáticos, o solo, o subsolo, os ambientes artificiais, entre outros.

Resta-nos, assim, conceituar o meio ambiente sob uma ótica compatível com a CF/1988, embora muitos acreditem ser tarefa difícil, complexa e árdua. Outrossim, há autores que crêem no pleonasma jurídico da palavra meio ambiente, pois o meio por si só já constituiria um ambiente. Entretanto, não é o foco do presente trabalho, mas, mesmo assim, preferiu-se a utilização da expressão, desconsiderando-se aspectos etimológicos da gramática do tema em questão.

O art. 3º, I, da Lei nº 6.938/1981 traz o conceito de meio ambiente, no qual aduz ser “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A par disso, “os estudiosos do Direito Ambiental, em nosso país, afirmam, à unanimidade, que o meio ambiente não se resume ao aspecto naturalístico ou físico, mas comporta hodiernamente uma conotação abrangente, holística, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência no seu desenvolvimento, na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o envolve”⁶.

O meio ambiente, portanto, deve ser entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, biológico, químico e físico que compreenda as modificações introduzidas pelo homem no decorrer do estágio evolutivo dos seres que vivem, existem e integram tudo aquilo que conhecemos por natureza.

3 AGRESSÕES AO MEIO AMBIENTE

Historicamente, temos que o homem da era primitiva não agredia tanto o meio ambiente quanto hoje podemos verificar. A atitude agressora se dá em decorrência de inúmeros fatores conjuntamente interligados. A falta de orientações pertinentes à educação ambiental, a intenção das empresas que destroem os recursos contidos no meio ambiente em busca de lucros, dentre outros aspectos, acabam por colimar numa

4 NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. O direito ambiental elevado à categoria de ciência e a criação do bem ambiental pela Constituição Federal de 1988. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 3, p. 93. 2004.

5 Idem, *ibidem*.

6 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio Cultural é Meio Ambiente. *MPMG Jurídico*, ano I, n. 3, p. 38. dez. 2005/jan. 2006.

situação prejudicial a toda coletividade, eis que fazemos parte de um todo que pertence a todos ao mesmo tempo o meio ambiente.

Na Idade Média e Moderna, todavia, mais especificamente na época da Revolução Industrial, “começaram as agressões à natureza, cuja extensão, ainda hoje, em uma gradação quanto aos seus efeitos nocivos, é bastante variável, podendo atingir tão-só o meio local, o regional ou até comprometer o equilíbrio biológico do próprio planeta”⁷.

Partindo do pressuposto fundamental de que as pessoas devem, mais do que nunca, acordar para defender o meio ambiente, já que compete também aos cidadãos e não tão-somente ao Poder Público – por isso temos a nossa parcela de responsabilidade social –, é dele que o homem precisa para viver, “o futuro da humanidade está intimamente ligado ao meio em que vivemos”⁸.

4 OS CRIMES AMBIENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante de tudo o quanto foi exposto, podemos aferir que o crime ambiental é aquele cuja tipicidade e antijuridicidade previstas em leis penais ambientais esparsas no ordenamento constitui-se na agressão ao meio ambiente, que causa uma modificação no mundo exterior, prejudicial à coletividade. Afeta os bens de natureza difusa e coletiva, sob formas diversas de destruições e degradações. A exemplo disso verificamos tais ações na flora e na fauna, no patrimônio cultural, no patrimônio genético, nas poluições hídrica, atmosférica e sonora etc.

Quando ocorre um dano ou perigo de dano ao meio ambiente, o promotor de justiça possui a atribuição de promover a defesa de tais interesses, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente. Aliás, com a incorporação da proteção jurídica do meio ambiente e, por conseguinte, da atribuição delegada à instituição restou-se configurada a possibilidade efetiva de responsabilização pela prática de dano⁹, com instrumentos idôneos, próprios e legítimos para a averiguação de cada fato delituoso *in concreto*. Posteriormente a isso, leis infraconstitucionais foram criadas, como a Lei nº 9.605/1998, que comina a responsabilidade penal da pessoa jurídica, entre outros aspectos¹⁰. Efetiva atuação nos campos penal e cível corrobora sua tamanha importância na proteção dos bens difusos e coletivos, em especial o bem ambiental, já que este remanesce relevância de incomensurável valor.

7 *Apud* SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 5.

8 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Op. cit.*, p. 5.

9 Ora, se não há falar-se em crime ambiental, por conseguinte, inviável se torna falar sobre a atuação do MP no sentido de buscar a responsabilização por danos ambientais causados.

10 A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema polêmico. Nesse sentido, PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 37 e 38: “O legislador, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhes penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois falta-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato. Não há como, em termos lógico-jurídicos, romper o princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade de pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou de microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias”.

Os meios à disposição que possui são o inquérito civil e a ação civil pública. O primeiro é preparatório à propositura da ação civil pública. Trata-se de instrumento hábil para aferir elementos viabilizadores na propositura de tal ação, onde os fatos restarão melhores delineados, já que é instaurado com o objetivo de verificar se há dano ambiental.

Há a possibilidade, entretanto, extrajudicialmente, de o Ministério Público fazer o chamado TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, o qual objetiva fazer com que o causador do dano passe não mais a praticar os atos lesivos em discussão, bem como restitua, na medida do possível, o *status quo ante*, ou seja, proceda de forma a minimizar o dano causado.

Algumas vezes torna-se inviável, pela extensão do dano, a sua recuperação. Neste caso, bem como quando não se cumpre o pactuado no TAC, o Ministério Público ingressa com a ação civil pública.

LINHAS CONCLUSIVAS

O Ministério Público brasileiro tem um importantíssimo papel dentro do contexto constitucional e, especificamente, com relação ao meio ambiente, este último compreendido na plenitude de sua expansão. Deve ser entendido na inteireza de suas funções constitucionais como uma instituição voltada para proporcionar o acesso dos cidadãos a uma ordem jurídica mais justa. Ora, “os promotores de justiça devem agir como trabalhadores sociais, comprometidos com as lutas pelo resgate da cidadania e pelo aprofundamento da cidadania [...] recontextualizando o direito posto segundo a nova visão de mundo utilizando-o como instrumento de transformação social”¹¹.

Desta forma, uma vez compreendida a sua função integralizadora, ligada à sociedade, não há negar-se o seu comprometimento no que tange à efetividade dos direitos constitucionais em decorrência de nossa Lei Maior.

A defesa do meio ambiente depende de um conjunto de características. Não podemos enganarmo-nos com premissas de que somente ao Poder Público compete a proteção ao meio ambiente. Ao contrário, a nós também é incumbido preservá-lo. Dependemos dele para a nossa sobrevivência. Somente pelo equilíbrio ecológico teremos uma sadia qualidade de vida. O ar, a terra e a água são recursos que carecem de urgente proteção e preservação. A lei não deve tornar-se morta diante da magnitude dos bens ameaçados pelo seu não-cumprimento. A consciência humana deve elevar-se no sentido de compreender valores da própria existência humana. E nisso reside o importante papel constitucional do Ministério Público em proteção do meio ambiente, em decorrência daqueles que não se importam com a triste realidade de sua degradação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

11 GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da ESMP*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, n. 1, 2001. p. 11.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da ESMP*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, n. 1, 2001.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio Cultural é Meio Ambiente. *MPMG Jurídico*, ano I, n. 3, p. 38. dez. 2005/jan. 2006.

NASCIMENTO, José Arnaldo de Oliveira. O direito ambiental elevado à categoria de ciência e a criação do bem ambiental pela Constituição Federal de 1988. *Revista da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre: Síntese, v. 3, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

A DOAÇÃO E O TESTAMENTO PODEM LIMITAR O DIREITO À PROPRIEDADE?*

**Josiani Lima Pereira, Juscenir dos Santos Pereira,
Maria de Fátima Santo Preti de Carvalho,
Patrícia de Paula Oliveira Esteves da Silva e
Rita de Cássia Cosseti**

Alunas do 4º Ano do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade; 2 Limitação por testamento; 3 Limitação por doação; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Através da articulação das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade dos bens adquiridos por doação ou testamento intentaremos responder ao tema deste trabalho.

INTRODUÇÃO

Ter a propriedade de um bem significa dela usar, gozar, fruir e dispor. O proprietário decide o seu destino livremente, podendo nele morar ou não morar, locar, obter frutos, alienar, dispondo como bem entender da posse ou da propriedade. Sob este aspecto, aparentemente, não há limitação ao direito de propriedade.

Os bens conquistados pelas pessoas durante a vida são tidos como propriedades incontestáveis. Podem ser oriundos do trabalho, de doação, da herança etc. Basta para adquirir tal segurança que apenas sejam registrados no cartório de registro competente, pois, como se costuma dizer: “Quem não registra não é dono”. Todavia, tal preceito não é absoluto. O nosso sistema jurídico impõe certa vulnerabilidade aos bens, quais sejam: a aquisição pela usucapião, a desapropriação, a servidão, entre outras. Nesse contexto apenas identificamos que há possibilidades de perda da propriedade, criando direitos reais sobre a coisa alheia.

A intenção deste trabalho é demonstrar que, além da perda e da inalienabilidade do bem por força da lei ou por sua natureza, há previsões legais de limitação voluntária da propriedade.

A limitação aqui tratada é aquela feita pela vontade humana e que implica no ato que grava o bem, tornando-o inalienável, incomunicável e impenhorável nos casos de doações e testamentos.

* Resumo do trabalho apresentado à Disciplina Direito Civil IV, ministrada pela Professora Mestre Renata Helena Paganotto Moura.

1 CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

A inalienabilidade cria um ônus real sobre a coisa. Esse ônus paralisa temporariamente a possibilidade de transferência do bem e pesa sobre o titular do domínio. Não há, no entanto, um direito real. O que ocorre é uma limitação ao direito de propriedade, perde-se o poder de dispor. Essa cláusula, quando imposta a imóveis, deve ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis (Lei nº 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos, arts.128 e 164).

Do ponto de vista da legítima¹, exclusivamente, a inalienabilidade pode ser *total* ou *parcial*, conforme se estenda ou não a todos os bens que compõem a legítima. Quanto à cláusula, genericamente falando, ela pode ser *absoluta* ou *relativa*. Pode ser absoluta quando o testador impõe a impossibilidade de alienação a quem quer que seja. Esse absolutismo da cláusula pode referir-se a um, algum ou todos os bens clausulados. Se o disponente não distingue, os doutrinadores entendem como absoluta.

É relativa a imposição quando o testador proíbe a alienação sob determinadas formas, ou a determinadas pessoas. Pode o testador, por exemplo, só permitir a alienação a título gratuito, ou a determinadas pessoas. Pode o testador dispor, por exemplo, que a alienação será possível com a concordância de todos os herdeiros, ou com a concordância do cônjuge. Não se trata de uma condição, mas de um alcance relativo da restrição.

A inalienabilidade é *vitalícia* quando não aposto um termo, terminando com a morte do titular. A inalienabilidade não se transmite aos herdeiros do titular do bem gravado. Conforme a parte final do art. 1.723 do Código Civil de 1916, os bens passam livres e desembaraçados aos herdeiros, princípio geral que se mantém no novo Código Civil.

Pode a cláusula ser *temporária* quando o disponente insere um termo. Sob o aspecto puramente técnico, a cláusula será sempre finita no tempo, com a morte do titular do bem gravado. Contudo, pode o testador fixar um termo final para o ônus. Por exemplo, a maioria do herdeiro.

O efeito primordial da cláusula é impedir a alienação do bem gravado a qualquer título: não pode vender, doar, permutar ou dar em pagamento.

Quanto à incomunicabilidade, o testador pode temer pelo casamento do herdeiro, quer numa união que ele já conheça, já existente quando da elaboração do testamento, quer numa união futura, desconhecida do disponente. Pela cláusula de incomunicabilidade, os bens assim gravados não se comunicam ao cônjuge do herdeiro, não importando qual seja o regime de bens do casamento. Enfim, temendo que seu herdeiro venha consorciar-se com um *çaça-dotes*, o bem incomunicável fica pertencendo só a ele. Assim, no desfazimento da sociedade conjugal, qualquer que seja a causa, esse bem ou conjunto de bens não concorre para a apuração da meação. Como ocorre na inalienabilidade, no caso da morte do titular, seus herdeiros recebem os bens livres deste ônus.

¹ A *legítima* é a porção de bens de que o testador não pode dispor por estar reservada aos herdeiros necessários: descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite.

Por outro lado, a cláusula de inalienabilidade implica a incomunicabilidade. Não fosse assim, comunicando-se os bens inalienáveis, eles engrossariam a meação, quando do desfazimento do casamento, e os bens gravados poderiam ir ao outro cônjuge, livres e desembaraçados. É jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal (Súmula 49), e agora introduzida no novo Código Civil (art. 1.911), dispensando-se a celeuma doutrinária a respeito².

A impenhorabilidade é impossibilidade da penhora de um bem. Além das disposições legais, existem os casos de impenhorabilidade por vontade humana, como, por exemplo, o bem de família. Só por ser inserida por terceiros, em testamentos e doações, daí porque não se pode considerá-la uma diminuição na garantia dos credores. Assim como na cláusula de incomunicabilidade, a inalienabilidade abrange também a impenhorabilidade.

A impenhorabilidade pode também ser *absoluta* ou *relativa*, *vitalícia* ou *temporária*. Pode abranger todos os bens, ou parte deles, pode ter como termo final a morte do herdeiro ou certo termo, ou condição. São inconvenientes termos e condições nessa cláusula.

Há divergência sobre a matéria. Todavia, o Código de Processo Civil, tratando do assunto, estabelece no art. 649, I, que são absolutamente impenhoráveis os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução. Já o art. 650 diz que, *à falta de outros bens*, podem ser penhorados os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis. Pela dicção, os frutos e rendimentos dos bens impenhoráveis só serão constrictos em último caso, quando não restarem outros bens disponíveis. Mas a lei processual não será aplicada se a vontade do testador excluir *expressamente* os frutos e rendimentos³.

2 LIMITAÇÃO POR TESTAMENTO

Segundo Washington Monteiro de Barros, testamento é “ato unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros de última vontade”⁴.

- 2 “Testamento. Cerrado. Cláusula de incomunicabilidade. Imóvel rural. Subtração ao poder marital. Admissibilidade. Observâncias dos arts. 1.721 e 1.723 do Código Civil. Recurso não provido. Prevalece a vontade testadora ao impor cláusula de incomunicabilidade aos bens que por sua morte coubessem à herdeira legítima, para não-comunicação com o marido, pouco importando a celebração de pacto antenupcial para a adoção da comunhão universal de bens no casamento.” (TJSP, AG 214.735-1, Rel. Osvaldo Caron, 31.08.1994)
- 3 “Impenhorabilidade de bens inalienáveis. Se até mesmo os rendimentos e frutos de bens inalienáveis, passíveis de penhora à míngua de outros bens, são considerados absolutamente impenhoráveis se e quando percebidos, a título de alimentos, por mulher viúva, solteira ou separada, ou, ainda, por pessoas idosas (Código de Processo Civil, art. 650, I), com maior razão não se admite a penhora da própria pensão alimentar percebida por pessoas que caibam na hipótese legal. Execução. Penhora. Pensão alimentar. Impenhorabilidade.” (2º TACSP, AI 477.550, 7ª C., Rel. Juiz Antônio Marcato, 18.03.1997)
- 4 BARROS, Washington Monteiro de. *Curso de direito civil – sucessões*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92.

O testador poderá, se quiser, inserir no seu testamento, como fora dito nas cláusulas que limitam o direito de propriedade, a inalienabilidade, incomunicabilidade e a impenhorabilidade, ou apenas disposições de caráter pessoal, ou seja, não patrimonial, como: reconhecimento de filho (CC, art. 1.609, III); nomeação de tutor para filho menor (CC, arts. 1.634, IV, e 1.729) ou de testamenteiro (CC, art. 1.976); reabilitação de indigno (CC, art. 1.818); deserdação de herdeiro (CC, art. 1.964); determinação sobre funeral; disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC, art. 14) etc. Tais estipulações *causa mortis* terão validade.

3 LIMITAÇÃO POR DOAÇÃO

A doação é contrato, em regra, gratuito, unilateral e formal ou solene. Predominando, desta forma, a concepção contratualista, tendo em vista que a doação requer a intervenção de duas partes, o doador e o donatário, cujas vontades hão de se completar para que se aperfeiçoe o negócio jurídico.

Doação, define o Código Civil no art. 538, é “o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Serve, portanto, de *titulus adquirendi*, pois o domínio só se transmitirá pela tradição, se móvel o bem doado, e pelo registro, se imóvel⁵.

Do conceito ressaltam os seus traços característicos: a) natureza contratual; b) *animus donandi*, ou seja, a intenção de fazer uma liberalidade; c) transferência de bens para o patrimônio do donatário; d) a aceitação deste.

A doação constitui ato *inter vivos*. O nosso ordenamento jurídico desconhece doações *causa mortis*.

A doação é um contrato solene⁶, devendo observar a forma exigida em lei, para ter validade (CC, art. 541). Deverá ser feita: a) por escrito particular, se o móvel doado for de valor considerável; b) por escritura pública, se versar sobre imóvel, que deverá ser registrada na circunscrição imobiliária competente⁷; c) verbalmente, seguida de tradição, se seu objeto for bem móvel de pequeno valor.

Doação em contemplação de casamento futuro – Trata-se de doação sob condição suspensiva *si nuptiae sequuntur*.

Doação com cláusula de reversão – O doador poderá inserir cláusula estipulando que o bem retorne ao seu patrimônio se sobreviver ao donatário.

Doação com reserva de usufruto – Não valerá a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador, a fim de evitar excessiva liberalidade, que coloque o doador na penúria.

5 RT 534:111.

6 RT 512:148.

7 Lei nº 6.015/1973, art. 167, I, n. 33.

Doação inoficiosa – Nula será a doação da parte excedente do que poderia dispor o doador em testamento, no momento em que doa, pois, se houver herdeiro necessário, o testador só poderá dispor da metade da herança, preservando, assim, a legítima dos herdeiros.

Doação pelo devedor já insolvente, ou por ela reduzido a insolvência – O art. 158 do Código Civil, com efeito, presume fraudulentos os “negócios de transmissão gratuita de bens, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência”. Somente quem não tiver dívidas insolúveis tem a faculdade de fazer liberalidade.

Doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice – Dispõe o art. 550 do Código Civil que tal doação “pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida na sociedade conjugal”.

O doador poderá impor aos bens doados cláusula de inalienabilidade⁸, vitalícia⁹ ou temporária¹⁰ quando tiver justo motivo para recear que os bens sejam dilapidados pelo herdeiro ou donatário, impedindo, assim, que sejam, sob pena de nulidade, alienados, salvo em caso de desapropriação¹¹ ou de conveniência econômica, mediante autorização judicial¹². Tal cláusula imposta aos bens por ato de liberalidade, *inter vivos* ou *causa mortis*, implicará impenhorabilidade e incomunicabilidade dos mesmos (CC, art. 1.911).

CONCLUSÃO

A inalienabilidade, a incomunicabilidade e a impenhorabilidade são cláusulas que limitam o direito de propriedade. Demonstrou-se que mesmo nos casos de doações e testamentos há hipótese de inclusão dessas cláusulas, ora proibindo a alienação dos bens, quando posta a termo a cláusula de inalienabilidade, o que implica também a incomunicabilidade, bem como a impossibilidade do bem sofrer constrição por penhora, em se tratando de impenhorabilidade dos bens.

É possível entender que o legislador oportunizou a proteção da propriedade e, de certa forma, dos donatários e herdeiros permitindo que seja um bem gravado mesmo quando transmitido a outrem por liberalidade ou por força da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

8 RT 781:216; 724:417; 600:72; 650:168; 145:337; 148:369; 311:208.

9 RT 194:183; 370:284.

10 RT 181:271.

11 RT 153:160.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROS, Washington Monteiro de. *Curso de direito civil – sucessões*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.
_____. *Código Civil anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2004.
_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JORGE JUNIOR, Alberto Grosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRINCÍPIOS DO REGISTRO DE IMÓVEIS*

Renato da Silva Morais

Acadêmico do 4º Ano (Turma fev./2006 a dez./2006) do
Curso de Direito da Faccamp.

Cleide de Andrade Passos

Acadêmico do 4º Ano (Turma fev./2006 a dez./2006) do
Curso de Direito da Faccamp.

SUMÁRIO: Linhas introdutórias; 1 Princípio da prioridade; 2 Princípio da especialidade; 3 Princípio da legalidade ou causalidade; 4 Princípio da continuidade; 5 Princípio da instância; 6 Princípio da unitariedade; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: Os princípios registrais mais tratados pela doutrina serão abaixo especificados, de forma a contribuir com o estudo acerca do registro de imóveis.

LINHAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho tratará dos princípios do registro de imóveis para melhor compreensão do instituto no contexto jurídico civil imobiliário.

Assim, são princípios registrais *a prioridade, a especialidade, a legalidade, a continuidade, a unitariedade, a presunção, a instância*, entre outros; nenhum é mais importante que os outros.

Todos são partes de uma engrenagem que visa à segurança jurídica. Trataremos, portanto, daqueles mais tradicionalmente mencionados na doutrina civilista.

1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE

O princípio da prioridade nos informa que os direitos reais se graduam por uma relação de precedência baseada na ordem de prenotação do protocolo, ou seja, o mais antigo registro inserido na serventia é o que prevalece.

Tal princípio apóia-se na especialidade, em decorrência do entendimento de que os direitos só se tornam contraditórios se discorrerem sobre o mesmo imóvel.

A prioridade redonda em sanção ao interessado negligente, pois beneficia aquele que em primeiro lugar apresenta seu título ao registro.

2 PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE

A especialidade consiste na “perfeita e correta identificação do imóvel, de forma a não ser confundido com outro. O requisito da especialidade do imóvel significa que

* Trabalho realizado sob a orientação do Prof. Ms. José Jair Ferraretto, Advogado e Professor das disciplinas de Direito Civil, Direito Comercial e Prática Jurídica Trabalhista da Faccamp.

deve ele sempre ser descrito como corpo certo, identificado e caracterizado. Visa esse princípio evitar equívocos que possam confundir as propriedades. Assim, qualquer título que dê entrada no registro imobiliário, incluindo os judiciais, deverá indicar o imóvel precisamente identificado e caracterizado”¹.

Entretanto, o título que não identifica com adequação o imóvel, com suas características e confrontações, não pode ser registrado.

Resumindo, a descrição do imóvel, constante do título a ser registrado, deve estar em consonância com aquela já existente no registro, na matrícula, como, por exemplo, os formais de partilha, cartas de sentença, de adjudicação, de arrematação, certidões e mandados que devem descrever os imóveis a que se referem em correspondência com a descrição do registro.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU CAUSALIDADE

O Direito brasileiro adota o princípio da legalidade, em virtude do qual a validade do registro depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem. A validade da transcrição depende do título causal. De acordo com o art. 530 do Código Civil, a propriedade imóvel adquire-se pelo registro do título de transferência no registro de imóveis e pelas formas originárias de aquisição da propriedade, que são: acessão, usucapião e pelo direito hereditário.

Estão sujeitos, ainda, a registro os julgados que põem termo à indivisão, as sentenças que adjudicaram bens imóveis nos inventários e partilhas, as arrematações e as adjudicações em hasta pública (arts. 531 e 532 do Código Civil). Compreende, ainda, o registro dos títulos constitutivos de ônus reais sobre os imóveis, tais como a enfiteuse, servidões, usufruto, uso, habitação, rendas constituídas sobre imóveis, hipoteca e anticrese (art. 856 do Código Civil). São registradas as penhoras, arrestos, seqüestros de imóveis, as citações em ações reais ou pessoais persecutórias relativas a imóveis, bem como averbados os cancelamentos ordenados por decisão judicial.

4 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

Pelo princípio da continuidade, pressupõe-se que deve haver no registro, sempre, uma seqüência lógica entre os adquirentes e os transmitentes do direito real.

Haverá, obrigatoriamente, uma cadeia de titularidades em que o transmitente sempre será o titular do direito real constante do registro. Só pode alienar ou impor ônus sobre o imóvel aquele que, nos assentamentos de registro, figurar como seu titular ou proprietário.

É necessário, ainda, que aponte o título registrável o seu verdadeiro titular, com sua identificação completa, para que seja possível a conferência da sua identidade com a do titular do domínio.

1 Disponível em: <<http://www.irib.org.br/opiniao/boletimel1779.asp>>.

É correio se apresentar título, inclusive judicial, em que há divergência do estado civil, constando do registro a qualificação de solteiro e do título a de casado. Nesse caso, será obrigatória a averbação do casamento, antes do registro do título. Outro exemplo é o dos contratos de locação: para seu registro, é necessário que o imóvel locado esteja registrado em nome do locador.

5 PRINCÍPIO DA INSTÂNCIA

Pelo princípio da instância, o registrador deve praticar somente os atos solicitados pela parte ou pela autoridade. O registro deve ser solicitado pelo interessado, mediante requerimento apresentado nesse sentido no serviço registral competente para a prática do ato. O art. 228 da LRP dispõe que o oficial *ex officio* abrirá a matrícula por ocasião do primeiro registro. Essa é uma das exceções ao princípio da instância, segundo o qual o registrador só pratica atos a requerimento das partes, do MP ou do juiz; as outras são as comunicações, as anotações e as remissões recíprocas.

Atos de ofício do registrador: o principal ato de ofício exercido pelo registrador é a abertura da matrícula. O art. 167 da LRP é exemplificativo, pois existem atos registráveis que não estão contemplados no referido artigo, tais como renúncia, perpetuidade das florestas (Código Florestal), registro de minas (Código de Mineração), registro de bens arrecadados pelo município decorrente de herança jacente, bem como outros direitos registráveis.

6 PRINCÍPIO DA UNITARIEDADE

Cada imóvel possui apenas uma matrícula, na qual são efetuados todos os atos a ele referentes. Cada matrícula corresponde a apenas um imóvel e terá um número de ordem para pronta identificação. A matrícula tem por finalidade individualizar o imóvel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito imobiliário (registral) é um complexo de normas reguladoras do registro de imóveis e dos atos jurídicos a ele pertinentes. Ocupa papel de relevo no Direito Civil moderno, na medida em que sustenta condições de segurança e estabilidade ao mercado imobiliário, propiciando segurança jurídica e, conseqüentemente, desenvolvimento econômico.

O registro é um ato administrativo, praticado por um particular, em decorrência de um serviço público, fiscalizado pelo Poder Judiciário que exerce o controle da legalidade de seus atos.

Registrar o imóvel é ato importantíssimo, vez que, além da precaução do proprietário em regularizá-lo no registro, tenta-se evitar futuros aborrecimentos por conta de discussões acerca da propriedade, embora tal proteção não seja absoluta, bem como a maior parte dos temas que envolvem a seara jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direitos das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das coisas*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. V, 2003.

DIREITO DE VIZINHANÇA: PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO¹

**Ronaldo Alves Moreira, Gilberto de Souza Galdino, Aaron Daher
Zuniga, Edmilson Luis Baêso e Alexandre Peres da Costa**

Alunos do 4º ano do Curso de Direito da Faccamp.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perturbação do sossego alheio: matéria de esfera civil ou penal?; 2 O direito de vizinhança tutela três situações; Conclusão.

INTRODUÇÃO

O direito de vizinhança são limitações impostas a todos com o intuito de impedir abusos e tornar a convivência entre todos pacífica.

A propriedade é um direito relativo, não podendo interferir no direito de propriedade dos vizinhos. Aplica-se a velha e sempre atual máxima “meu direito começa onde termina o do meu vizinho”.

1 PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO: MATÉRIA DE ESFERA CIVIL OU PENAL?

Para discutirmos essa questão, devemos primeiro analisar o direito de vizinhança, direito este capitulado nos arts. 1.277 a 1.313, no Capítulo V do Direito das Coisas no Código Civil brasileiro. Os direitos de vizinhança são regras que foram criadas pelo nosso legislador com o intuito de atenuar os conflitos gerados pelo simples fato de se ter uma propriedade ou ser possuidor de uma, e que sejam confinantes, estabelecendo um parâmetro mínimo de cordialidade, solidariedade e boa-fé, afinal de contas é impossível sobreviver em comunidade sem que se observem alguns desses requisitos.

Outro assunto que se faz necessário abordar, pois está diretamente ligado ao direito de vizinhança, é a propriedade em si. Atualmente, o absolutismo da propriedade perdeu-se no tempo e deu lugar a relatividade, pois a propriedade possui uma função social à qual devem ser atendidos, uma vez que, devido ao alto número de habitantes, temos em primeiro lugar a coletividade em detrimento da individualidade, os interesses públicos que se sobrepõe aos particulares.

Capitulado nos arts. 1.277 a 1.281 do Código Civil, encontra-se disciplinado o uso anormal da propriedade, que trata dos casos em que há o abuso no exercício do domínio e dá o direito de reação ao prejudicado, estando previstas várias situações em que o vizinho lesado pode embasar-se para defender seu direito.

1 Pesquisa realizada à disciplina de Direito Civil, sob orientação da Professora Dra. Renata Helena Paganotto.

No Código Civil anterior, esse assunto era tratado como uso nocivo, e pouco foi modificado com o advento do Código Civil de 2002, que limita o direito de propriedade quanto ao seu uso e penaliza quem extrapola, mesmo que culposamente.

O uso anormal estabelece duas diferenças. Uma se dá quando o vizinho confinante pratica atos diretamente contra seu vizinho, ou seja, ofende o confinante dentro do direito dele. A outra diferença, e mais complexa do que a primeira, é quando se está prejudicando o vizinho com atos dentro de seu próprio âmbito de direito. A primeira hipótese é clara, sendo, então, de fácil solução, pois o problema é notório, já o segundo deve ser minuciosamente estudado para ser aferido, uma vez que é muito difícil definir o limiar da normalidade e da anormalidade, do que está dentro do direito ou o que é abusivo, e, para tanto, deve-se atentar a alguns requisitos que veremos adiante.

2 O DIREITO DE VIZINHANÇA TUTELA TRÊS SITUAÇÕES

- a) Segurança pessoal e dos bens – aquela ao qual se preserva a estabilidade dos prédios, protegendo por consequência a incolumidade das pessoas que nele vivem.
- b) Sossego – outro item tutelado, deve ser interpretado de forma mais ampla tendo em vista a dificuldade de delimitar o fim do direito de um e início do direito do outro, sendo esse item mais subjetivo do que objetivo, então devemos ter um cuidado maior ao analisá-lo.
- c) Saúde – protege a todos de qualquer ato que venha a causar um prejuízo direto à salubridade dos confinantes, como no caso de empresas que eliminam resíduos tóxicos a céu aberto. Notemos que esse item preserva quem é prejudicado diretamente por elementos que são nocivos, não é necessário que sejam em grande quantidade, basta apenas serem prejudiciais.

Os itens a qual nos referimos ensejam vários entendimentos, tanto civis quanto penais, então analisemos o seguinte fato:

Suponhamos que em uma determinada área residencial esteja ocorrendo, por puro deleite de um determinado proprietário, festas constantes, com som alto até altas horas, passando os vizinhos a terem seu sossego interrompido continuamente, caracterizando-se, então, o uso anormal.

Então, se um desses vizinhos tem sua saúde ofendida a tal ponto de debilitar-se pela falta de sono, o que teríamos nesse caso?

- a) A efetivação do uso anormal da propriedade, e, por sua vez, cabível a ação cível;
- b) Uma contravenção penal (art. 42, LCP), ou
- c) Uma lesão corporal (art. 129, CP)?

De posse dessas informações, analisaremos o fato na esfera civil, na qual o magistrado verificará o grau de tolerabilidade do ato, e, este sendo suportável, terá a

reclamação desprezada, pois a convivência em sociedade gera certa dose de sofrimento, o qual deve ser dividido equitativamente, o máximo possível, entre todos, sendo que, às vezes, alguém sai um pouco em desvantagem.

Se o caso for intolerável, o juiz analisará se os interesses são individuais (em que o magistrado poderá até ordenar a demolição ou a remoção do bem) ou se coincidem com interesses sociais (o juiz determinará a tolerância do reclamante, mediante uma indenização, e, em havendo a possibilidade de diminuição ou atenuação, mediante obras, deverá ordená-las).

É observada, ainda, a localização do prédio, pois não se podem aplicar os mesmos requisitos para a tolerância de uma propriedade no centro de São Paulo a uma que se situe em uma cidade interiorana, pois nessa última a tranquilidade é muito maior.

A natureza do incômodo também é atribuída à aferição, uma vez que o magistrado verifica se atinge o interior do prédio.

Por último, temos a pré-ocupação em que, se um proprietário chegou ao local primeiro, os demais devem tolerar seus atos, não podendo modificar algumas situações já existentes. Devemos salientar que atualmente essa circunstância não é aceita, porque a lei é para todos, tendo influência apenas sobre a tolerância dos incômodos.

Sobre a contravenção penal, ela tutela o incômodo da coletividade, e o uso anormal atinge a individualidade, não impedindo que ambas sejam ajuizadas simultânea ou sucessivamente, podendo o proprietário nocivo responder pelas duas.

Por último, temos a lesão corporal, esta que só ocorre em uma situação extrema, em que o causador da lesão, se condenado criminalmente, responderá pelos danos em uma ação civil *ex delicto*, devendo ressarcir o prejudicado posteriormente.

CONCLUSÃO

Concluimos, então, que, por terem tipificações muito semelhantes, tanto na esfera civil quanto na penal, há a possibilidade, dependendo do caso, de utilizar-se de ambas para chegar à solução dos litígios, protegendo em todos os casos o lesionado dos atos abusivos de seus confinantes e ressarcindo-o de eventuais danos.



ASSÉDIO MORAL: PREVENÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO*

Amanda C. Castillo de Lima, Anderson Grossi e Daniela Hermano

Alunos do 5º Semestre do Curso de Direito da Faccamp
(Turma fev./ 2006 a jun./2006).

Vitor Castillo de Lima

Aluno do 4º Ano do Curso de Direito da Faccamp
(Turma de ago./2006 a jun./2006).

SUMÁRIO: Introdução; 1 O que é assédio moral; 2 Conseqüências físicas e psicológicas; 3 Prevenção; 4 Legislação; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O assédio moral constitui-se em um dos problemas de maior relevância no âmbito trabalhista.

A subordinação faz com que alguns superiores não utilizem da ética nas relações trabalhistas, desprezando os empregados e fazendo com que surjam, no dia-a-dia, cada vez mais relatos de casos em que o empregado perde a sua dignidade para satisfazer a vontade de uma outra pessoa de nível hierárquico maior.

No Brasil, o pouco amparo legal constitui-se em um dos maiores problemas para quem busca, na Justiça do Trabalho, uma solução para as agressões sofridas. Legislações esparsas constituem-se na única forma de busca e de resgate à dignidade do empregado.

O assédio moral é um tema de suma importância empresarial, e vem recebendo grande atenção dos empregadores e dos empregados, tendo em vista que é uma realidade cotidiana.

O presente trabalho alerta para a melhor forma de mudar esta realidade, que é por meio da *prevenção* que as empresas estarão contribuindo para a formação da sociedade em que está inserida, tornando-a ética e transparente e respeitando os valores sociais e humanos nela contidos.

1 O QUE É ASSÉDIO MORAL

De acordo com o Projeto de Lei nº 425/1999, convertido na Lei nº 13.288/2002 do Município de São Paulo, o assédio moral pode ser definido como “todo tipo de

* Pesquisa realizada sob orientação do Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues.

ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário [...]”.

Sônia A. C. Mascaro Nascimento traduz que o assédio moral “caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções”.

É caracterizado por meio de uma agressão contínua, em que a vítima escolhida pelo agressor passa a sofrer humilhações contínuas, sendo ridicularizada, hostilizada, e, através da separação da vítima do grupo, ela passa a ser desacreditada.

Esse tipo de agressão interfere diretamente na vida da vítima, fazendo-a ter problemas em sua vida familiar, social, afetiva e principalmente em sua vida laboral. Além de problemas de origem social, esta agressão causa também problemas psicológicos e físicos, como veremos no capítulo adiante.

Citaremos aqui alguns tipos de estratégias de agressão que o superior utiliza para agredir o empregado.

- Escolher a vítima e a isolá-la do grupo.
- Impedir de se expressar e não explicar o porquê.
- Fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar em frente dos pares.
- Culpabilizar ou responsabilizar publicamente, podendo os comentários de sua incapacidade invadir, inclusive, o espaço familiar.
- Desestabilizar emocional e profissionalmente. A vítima, de forma gradativa, vai perdendo simultaneamente sua autoconfiança e o interesse pelo trabalho.
- Destruir a vítima (desencadeamento ou agravamento de doenças preexistentes). A destruição da vítima engloba vigilância acentuada e constante. A vítima se isola da família e amigos, passando muitas vezes a usar drogas, principalmente o álcool.
- Livrar-se da vítima, que é forçada a pedir demissão ou é demitida, frequentemente, por insubordinação.
- Impor ao coletivo sua autoridade para aumentar a produtividade¹.

O agressor apresenta um desvio de conduta e não inclui a ética em suas relações de trabalho. Realiza as agressões para, internamente, sentir-se bem consigo mesmo, na maioria dos casos os agressores têm uma posição social mais elevada do que o agredido.

1 Disponível em: <<http://www.assediomoral.org>> (Apud BARRETO, M. Uma jornada de humilhações. PUC/SP, 2000)

Segundo Jorge Luiz de Oliveira da Silva, esse assédio pode ser impulsionado “por sentimentos de frustração e deformação dos valores da vida. Outras motivações detectadas foram as seguintes: preconceitos de várias espécies (religião, raça, cor, posição social, sexo, idade dentre outros); ambição desmedida; necessidade de impor e afirmar pretensa superioridade; vingança por diversas razões (por assédio sexual mal-sucedido², por denúncias de irregularidades, por outras questões pessoais); inveja etc.”³.

Vejamos como o assédio moral causa conseqüências físicas e psicológicas na vítima.

2 CONSEQÜÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS

Os prejuízos acarretados pelo assédio moral não irão afetar apenas o agredido, mas a empresa, que irá sofrer prejuízos decorrentes da diminuição da capacidade laboral do empregado; além disso, irá afetar o sistema de saúde público e privado, que recebe uma demanda muito grande de pessoas com problemas fisiológicos e psicológicos decorrentes do assédio moral⁴.

As conseqüências físicas e psicológicas, causadas pelo assédio moral podem ter grande repercussão no indivíduo afetado, tanto na vida pessoal quanto na vida profissional. Na vida pessoal, o indivíduo leva consigo os sentimentos de rejeição, de auto-afirmação em relacionamentos afetivos, de amizades, familiares ou amorosos; já no âmbito profissional, ele se torna uma pessoa frágil no agir, em tomar decisões, em desempenhar com afinco a função ocupada, podendo ter baixo rendimento para a empresa. Nestas duas situações a vítima desenvolve doenças que afetam sua saúde, como depressão, obesidade, excesso de exercícios físicos, hipertensão, entre outros males consideráveis.

Vamos citar agora um exemplo dessa agressão. Uma empregada, auxiliar administrativa, de um órgão público, desenvolve suas funções com qualidade, não tendo motivos para que seja chamada a sua atenção; por sua vez, sua coordenadora tenta de qualquer forma atacar este empregado criando situações vexaminosas, constrangedoras, com difamações, insinuações, colocando seus colegas de trabalho contra a mesma, intensificando pressões psicológicas através de bilhetes e telefonemas,

2 Não se pode confundir o assédio moral com o assédio sexual; embora seja tênue a distinção entre eles, são práticas completamente diferentes.

O assédio sexual é crime tipificado no Código Penal brasileiro no art. 216-A, que prevê pena de 1 (um) a 2 (dois) anos.

A conduta para o crime de assédio sexual é o constrangimento e importunação séria, ofensiva, insistente, chantagiosa, com a finalidade de obter vantagem sexual.

Logo, não podemos dizer que o assédio moral é crime, pois não está tipificado no Código Penal, mas, como já vimos, temos várias leis e vários projetos que proíbem o assédio moral e prevêem sanções a quem pratica.

Como já afirmamos, o assédio moral pode decorrer de um assédio sexual frustrado, desse modo, então, teremos duas condutas distintas.

3 Disponível em: <<http://www.assediomoral.org>>. Acesso em: 12 fev. 2006.

4 Disponível em: <<http://www.assediomoral.org>>. Acesso em: 28 jan. 2006.

ameaçando a perda de seu emprego, causando abertura de sindicância, por meio de representação, oferecida ao seu superior.

Inúmeros casos, além desses, poderíamos citar, mas como prevenir tais situações?

Veremos no próximo item as formas de prevenção que poderão ser úteis para esses casos.

3 PREVENÇÃO

No livro *Missão possível*⁵, o autor cita uma frase de Walt Kelley, que afirma com certeza, quando disse: “Encontramos o inimigo, somos nós mesmos”. Isso nos faz refletir que, no momento que passarmos a nos enxergar como o próprio motivo de causa da disfunção do relacionamento empresarial, veremos a importância da *prevenção*, que tem o intuito de criar sempre um ambiente saudável, amigável para convivência no trabalho.

Assim, a empresa deve proporcionar interação empregado/empresa, e vice-versa. Criar situações de reconhecimento de bom desempenho, dar oportunidades de crescer profissionalmente, incentivar cursos, promover passeios, viagens, reuniões informais, e um dos mais importantes investimentos é o *apoio psicológico*, no qual o empregado poderá expor seus medos e bloqueios, tentando, com esta ajuda profissional, exercer melhor sua função.

Mas não podemos nos esquecer que a prevenção deverá partir do empregador, estendendo-se para os demais empregados da empresa, diz Idalberto Chiavenato⁶, “[...] não basta remunerar as pessoas pelo seu tempo dedicado à organização. Isso é necessário, mas insuficiente. É preciso incentivá-las continuamente a fazer o melhor possível, a ultrapassar o desempenho atual e alcançar metas e resultados desafiantes formulados para o futuro”.

Nesse sentido, deve a empresa promover palestras e realizar campanhas de esclarecimento tanto do seu pessoal subalterno quanto superior com relação aos males do assédio moral.

Ao realizar a prevenção, as empresas estarão auxiliando não só aos seus empregados, mas a toda uma gama de pessoas, que, diretamente ou indiretamente, tem um contato com os mesmos, ou seja, a sociedade como um todo.

Além disso, ao auxiliar o empregado, a empresa estará construindo bases para si, gerando lucros futuros, e aos sistemas de saúde público e privado, que estarão tendo uma relativa diminuição de atendimentos, já que o assédio moral pode acarretar inúmeros problemas físicos e psicológicos que ano a ano aumentam a demanda médica nos hospitais.

5 Apud BLANCHARD, Ken et al. *Missão possível* – como tornar sua organização “classe mundial”, enquanto ainda há tempo. Makron Books, 1997. p. 171.

6 CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas*. 2. ed. Campus, 2004. p. 288.

4 LEGISLAÇÃO

Por ser um assunto que, nos últimos tempos, está borbulhando na mídia, muito foi questionado se não existe uma lei que proíbe o assédio moral.

Mas a verdade é que existem inúmeras leis de várias câmaras municipais em diversos Estados do Brasil.

Porém, alguns Estados já aprovaram leis que visam à proteção do trabalhador em relação ao assédio moral, como é o caso do Estado de São Paulo, cuja Assembléia Legislativa aprovou em sessão extraordinária a Lei Estadual nº 12.250, de 09.02.2006, que tem explícito em seu art. 1º a proibição do assédio moral em âmbito da Administração Pública estadual direta, indireta e fundações públicas.

A referida lei, em seu art. 3º, dispõe que todo ato derivado de um assédio moral é nulo de pleno direito; portanto, além de proibir o assédio moral no âmbito estatal, a lei anula todo ato praticado sob assédio moral.

Na esfera municipal, temos como exemplo o município de Campinas, interior do Estado de São Paulo, que já aprovou a Lei nº 11.409, de 4 de novembro de 2002, a qual coíbe o assédio moral no âmbito da Administração Pública direta, indireta, nas autarquias e fundações públicas.

O Projeto de Lei de nº 4.742/2001 solicita a inclusão do art. 146-A no Código Penal brasileiro, o qual considera crime o assédio moral e previa detenção de 1 a 2 anos para quem praticasse assédio moral contra servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico. Tal projeto destina-se a tipificar como crime a prática do assédio moral na esfera pública. O mesmo encontra-se na mesa diretora da Câmara dos Deputados desde 1º.12.2003⁷.

Podemos citar o Projeto de Lei Federal nº 4.591/2001 de Rita Camata, que está com a Comissão de Trabalho de Administração e Serviço Público, que, segundo Vilja MarquesASSE, será de suma importância para “[...] proteger a dignidade da pessoa humana, e evitar danos morais em ambiente de trabalho decorrente de assédio moral”⁸.

Exemplificamos aqui algumas das legislações que em seu texto dispõem sobre o assédio moral no Brasil: Lei nº 3.671/2002 – Americana/SP; Lei nº 3.243/2001 – Cascavel/SP; Lei nº 1.1163/2000 – Guarulhos/SP; Projeto de Lei nº 61/1999 – âmbito nacional, e Lei nº 1.078/2001 – Sidrolândia/SP⁹.

7 NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. O assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista LTr*, 68-08/922-930.

8 ASSE, Vilja Marques. Um fenômeno chamado psicoterrorismo. *Revista LTr*, 68-07/819-827.

9 Efeitos Jurídicos

Ao analisar a pequena gama de decisões judiciais, constatamos que, quando houve uma decisão favorável a um processo de assédio moral, a condenação em sua maioria das vezes é na de forma de pagamento de indenizações, que variam conforme o grau de gravidade e de danos causados pelo assédio moral.

Uma curiosidade que constatamos é que, por falta de legislação vigente, a ação de assédio moral é quase sempre cumulada com a ação de dano moral, por ter lei vigente, porém existem exceções.

CONCLUSÃO

“É melhor prevenir do que remediar”. Um provérbio popular traduz o quão importante é a prevenção do assédio moral no ambiente de trabalho.

Por meio da prevenção o empregador estará gerando uma sociedade mais cívica, pois os preceitos de respeito e dignidade estarão sendo reverenciados.

Por esse motivo o assunto não deve ser ignorado nem pelas empresas e nem por seus empregados, pois em um ambiente de trabalho onde não existe o assédio moral os empregados laboram com mais entusiasmo e em equipe, assim aumentando a produção da empresa e melhorando a qualidade de vida não só dos empregados, mas de todos que vivem ao seu redor.

Por ser escassa a legislação, é fato que devemos continuar pressionando o Poder Público para que sejam elaboradas leis que proíbam o assédio moral e penalizem o agressor tanto na esfera pública como na esfera privada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSE, Vilja Marques. Um fenômeno chamado psicoterrorismo. *Revista LTr*, 68-07/819-827.
- BARRETO, M. Uma jornada de humilhações. PUC/SP, 2000. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site>>. Acesso em: 28 jan. 2006
- BLANCHARD, Ken et al. *Missão possível – como tornar sua organização “classe mundial”*, enquanto ainda há tempo. Makron Books, 1997.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de pessoas*. 2. ed. Campus, 2004.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. *Revista LTr* 68-08/922-930.
- Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=632171>. Acesso em: 7 maio 2006.
- Disponível em: <<http://www.partes.com.br/assediomoral/profjorgeluz.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2006.
- Disponível em: <<http://www.partes.com.br/assediomoral/identificando.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2006.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO: DANOS MORAIS E *HABEAS CORPUS**

**Gilza Mariane C. Coutinho, Luiz Roberto de Oliveira
(*in memoriam*) e Elaine B. Machado Fonseca**

Alunos do 3º Ano do Curso de Direito da Faccamp

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relação de trabalho; 2 Ações de competência da Justiça do Trabalho; 2.1 Dano moral; 2.2 *Habeas corpus*; Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo expor algumas questões de competência da Justiça do Trabalho, em razão da matéria, apontando, inclusive, algumas modificações apresentadas pela Emenda Constitucional nº 45 no art. 114 da Carta Magna.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo expor algumas questões que, quando levadas ao Poder Judiciário, apresentam dúvidas quanto a que órgão compete julgá-las. Para tanto, será analisado o art. 114 da CF, com seus respectivos incisos, traçando um paralelo entre sua redação anterior e posterior à Emenda Constitucional nº 45.

É importante frisar que não serão analisados todos os conflitos submetidos à Justiça Laboral, mas apenas alguns que julgamos mais relevantes, como as questões de danos morais e *habeas corpus*.

1 RELAÇÃO DE TRABALHO

O art. 114 da CF, antes da Emenda Constitucional nº 45, trazia em seu *caput* que era “de competência à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos *entre trabalhadores e empregadores*”.

A elucidação da redação se deve ao fato de que após a supracitada emenda o dispositivo sofreu alteração, não mais fazendo referência à relação entre trabalhadores e empregadores para fins da competência da Justiça do Trabalho, mas sim à relação de trabalho, que é gênero e envolve a relação de emprego como espécie.

Desde então, o dispositivo passa a ter um sentido mais amplo, pois, como afirma o doutrinador Sérgio Pinto Martins, “a idéia do artigo é de que toda a matéria trabalhista, envolvendo qualquer tipo de trabalhador, seja de competência da Justiça do Trabalho

* Pesquisa realizada sob orientação da Profª Aparecida Dias de Oliveira, da Disciplina de Direito Processual do Trabalho.

e não apenas a relação de emprego. Conclui ainda que a Justiça é do trabalho e não do emprego ou do desempregado”¹.

2 AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

São muitas as ações atreladas pela Emenda Constitucional nº 45. Dentre outras, podemos elucidar algumas:

- Dano moral ou patrimonial;
- Mandado de segurança;
- *Habeas corpus*;
- *Habeas data*;
- Ações que envolvem o exercício do direito de greve;
- Complementação de aposentadoria;
- Ações rescisórias de seus julgados;
- Ações declaratórias;
- Ação de consignação em pagamento.

2.1 Dano moral

Antes da Emenda Constitucional nº 45, pairava uma dúvida quanto às questões de danos morais, se seriam estas de competência ou não da Justiça do Trabalho. A esse respeito há duas correntes.

A primeira corrente entende que compete à Justiça Laboral analisar tais questões, pois, como afirma Della Giustina, “sempre que o interesse sobre o qual versar o litígio decorrer da relação de emprego, as partes estarão adstritas a recorrer à Justiça do Trabalho”².

Por outro lado, a segunda corrente sustenta que a Justiça do Trabalho é incompetente para examinar as questões de danos morais, uma vez que a questão é de Direito Civil e, portanto, não se insere no contrato de trabalho, não envolvendo, conseqüentemente, matéria trabalhista. A competência para julgar tal ação seria da Justiça Comum.

Para resolver tal dúvida, surgiu a EC 45, que alterou o art. 114 da CF, entendendo que a Justiça do Trabalho é sim competente para tratar as questões de danos morais, pois, apesar do dano ser civil, a questão pode nascer do contrato de trabalho. E, segundo esse dispositivo, quaisquer controvérsias decorrentes da relação de trabalho são de competência da Justiça Laboral.

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 103.

2 VEIGA JR., Celso Leal da. *A competência da Justiça do Trabalho e os danos morais*. São Paulo: LTr, 2000. p. 47.

No entanto, é importante ressaltar que, para chegar à conclusão se o dano moral é de competência da Justiça Comum ou da Justiça trabalhista, há de ser analisadas as seguintes hipóteses:

1ª *concordância dos elementos* – afirma o doutrinador Enoque Ribeiro dos Santos que, “para a efetiva caracterização do dano moral no Direito do trabalho, é necessário que estejam presentes todos os elementos exigidos no ordenamento jurídico, para que se realizem, concretamente, os efeitos desejados contra o lesante”³. Assim, deve-se haver a concordância dos seguintes elementos:

- impulso do agente (ação ou omissão);
- resultado lesivo, o dano;
- nexos de causalidade entre o dano e a ação alheia.

2ª *quanto à pessoa que sofreu o dano* – se foi uma pessoa civil, fora da relação de trabalho, que foi tida como ímproba, é óbvio que a competência será da Justiça Comum. Por outro lado, se a ofensa de ímprobo foi dirigida ao empregado pelo empregador, será a Justiça Laboral competente para julgar tal ação.

3ª *quanto às fases do contrato* – como ensina o doutrinador Walmir Oliveira da Costa, “a experiência tem ensinado que o dano moral, no direito do trabalho, pode ocorrer nas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual”⁴.

A primeira fase, no entanto, não é aceita por todos os autores, uma vez que neste período preliminar do contrato de trabalho inexistem as figuras do empregado e do empregador, já que o vínculo obrigacional ainda não se perfez, pois a contratação não se consumou, tampouco o serviço foi prestado. O dano, então para a doutrina majoritária, seria reparado somente na esfera civil.

Até a presente data temos que o Supremo Tribunal Federal, que num primeiro momento entendeu que a competência seria da Justiça Comum, reformou o seu entendimento manifestando-se no sentido de que a competência é mesma da Justiça do Trabalho.

2.2 Habeas corpus

Esta também é uma das ações que suscita dúvida quanto ao órgão competente para julgá-la.

Para o doutrinador Sérgio Pinto Martins, deve ser do Tribunal Regional do Trabalho a competência para julgar o *habeas corpus* requerido em decisão do juiz do trabalho proveniente de processo de execução trabalhista, pois envolve questão de incidente de execução.

Já, em oposição, o Supremo Tribunal Federal entende que competente para conhecer e julgar o *habeas corpus* impetrado contra juiz do trabalho de 1º grau é o

3 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 95.

4 COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano moral nas relações laborais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49.

Tribunal Regional Federal, e não o Tribunal Regional do Trabalho, pois a Justiça Trabalhista não tem competência para julgar matéria penal.

Assim, vem a Emenda Constitucional nº 45, outra vez alterando a redação estabelecida no inciso IV do art. 114 da Constituição, entendendo que a Justiça do Trabalho tem a competência para processar e julgar os *habeas corpus*, desde que o ato questionado envolva matéria sujeita à sua competência.

Um exemplo que podemos apresentar é o caso de depositário infiel na execução trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve trabalho teve por escopo expor as questões de danos morais e *habeas corpus*, que antes da Emenda Constitucional nº 45 apresentavam dúvida quanto ao órgão competente para julgá-las, uns entendiam que era a Justiça Comum, outros a Justiça Laboral.

Podemos perceber que foi de extrema importância a nova redação, pois o dano moral pode surgir nos vários tipos de relações entre seres humanos: nas relações familiares, entre consumidor e empresas comerciais e industriais, nas relações de vizinhança, nas relações entre associados de quaisquer tipos de associações, inclusive sindicato; em suma, em quaisquer tipos de relações. Assim, é óbvio que também poderá surgir, como muitas vezes ocorre, nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano moral nas relações laborais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 2. ed. rev. São Paulo: LTr, 2000.
- VEIGA JR., Celso Leal da. *A competência da Justiça do Trabalho e os danos morais*. São Paulo: LTr, 2000.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp – destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto Word ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em disquete 3½ e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar seqüência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, haverá sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução, desenvolvimento, conclusão, bibliografia;
- k) após o sumário, deverá constar resumo do artigo no máximo com 5 (cinco) linhas;
- l) após o resumo, constarão palavras-chave.

Art. 3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências bibliográficas deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: AUTOR, ano e página.

§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

Art. 4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS

Art. 5º Os alunos poderão colaborar para a revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas;

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores;

§ 3º Os resumos deverão conter no máximo 5 (cinco) páginas.

Art. 6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da Faccamp, cumprido o respectivo regulamento;

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

DOS TEXTOS INÉDITOS

Art. 7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

Art. 8º O autor do artigo publicado receberá cinco exemplares da revista a título de direitos autorais.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

Art. 10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.