

Revista Jurídica

Volume 10 - 1994

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Gilberto Luiz Moraes Selber

VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Prof. Alberto Martins

VICE-REITORA PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS

Pe. José Benedito de Almeida David

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Álvaro César Iglésias

REVISTA JURÍDICA

CONSELHO EDITORIAL

Renan Severo Teixeira da Cunha
Heitor Regina
Jamil Miguel
Silvio Artur Dias da Silva
Vera de Arruda Roza Cury
Jorge Luiz de Almeida
Agerson Tabosa Pinto

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tel. 2-7001 - Caixa Postal 317
CEP 13020-904 - Campinas, SP

Revista Jurídica

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica	Campinas	v. 10	p. 1-116	1994
------------------	----------	-------	----------	------

SUMÁRIO

Artigos

Um repensar sobre o Ensino Jurídico na Faculdade de Direito PUCCAMP - I Fórum Interno de Debates Vera de Arruda Rozo Cury	5 - 24
As Contribuições Previdenciárias e as Figuras da Decadência e da Prescrição Heitor Regina	25 - 28
Da necessidade da Propositura da Ação Satisfativa (Principal) após a efetivação da Medida Cautelar - dos arts. 806 e 808 do C.P.C. Cláudio Augusto Pedrassi	29 - 41
A Crise Brasileira e Perspectivas do Ensino Jurídico Aurélio Wander Bastos	42 - 52
Ética e Política em Paul Ricoeur Constança Marcondes César	53 - 62
Da Inconstitucionalidade do Enunciado nº 330 do TST Guilherme José Purvin de Figueiredo	63 - 68
Crise Nacional, Inflação e Direito Alpheu Júlio	69 - 76
Jurisprudência	77 - 109
Noticiário	110 - 114

UM REPENSAR SOBRE O ENSINO JURÍDICO NA FACULDADE DE DIREITO PUCCAMP - I FÓRUM INTERNO DE DEBATES

**Vera de Arruda Rozo Cury
Puccamp**

RESUMO

Foi efetuada análise do ensino jurídico ministrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP) a partir de uma investigação junto aos professores, alunos e egressos do curso.

Constatou-se que o paradigma que prevalece na Unidade decorre da cultura tradicional, intimamente ligado ao positivismo normativista, bastando a transmissão acrítica do conhecimento jurídico fundamentado na norma, recebendo os alunos uma formação burocrática, distantes dos conflitos sociais do país, pois conduzidos por um ensino ao nível do senso comum teórico.

INTRODUÇÃO

Este trabalho resulta da pesquisa de avaliação realizada no Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP), decorrente da preocupação em buscar uma melhoria do ensino oferecido, no sentido de dar ao futuro bacharel uma

formação que o habilite para uma atuação crítica quanto à realidade social, política e jurídica.

Os referenciais teóricos utilizados ressaltaram que as alterações curriculares das Faculdades de Direito, de um modo geral, resultaram simplesmente em alterações de carga horária e inserção de disciplinas eminentemente técnicas, sem que se discutisse qual a função social do jurista, quais as influências ideológicas norteadoras do conhecimento jurídico, o que nos obrigou a observar diretrizes visando a uma tomada de consciência coletiva, sobre a forma como se processa o nosso ensino jurídico, diretrizes essas, que pudessem ser trabalhadas no sentido de uma formação de uma consciência crítica do bacharel e do seu comprometimento com a realidade sócio jurídica.

Dessa maneira, afastamo-nos do paradigma agrobotânico ou clássico, buscando uma avaliação iluminativa, participativa, visando "iluminar", ou seja, fornecer subsídios sobre a realidade estudada na sua totalidade.

Apoiando-nos nos ensinamentos de SAUL (1988) que estabelece o paradigma denominado "avaliação emancipatória", orientamo-nos no sentido da crítica da realidade pela análise dos dados fornecidos por alunos, ex-alunos e professores, fato que resultou no I Fórum Interno de Debates da Faculdade de Direito no ano de 1993.

I FÓRUM INTERNO DE DEBATES

PROCEDIMENTOS

A idéia de toda a comunidade acadêmica da Faculdade de Direito debater os problemas mais atuais da Unidade vinha se arrastando por alguns anos.

Em 1991, a idéia já estava mais amadurecida e contava com o apoio do Diretório Acadêmico, do Professor Renan Severo da Cunha e do Professor Jamil Miguel, ilustres professores da Faculdade de Direito.

O Diretório Acadêmico, imbuído dos mais nobres propósitos, efetua pesquisa junto a todos os alunos da FADI, buscando dados que retratassem os anseios dos mesmos com relação às alterações desejadas para a melhoria do curso.

As questões formuladas foram do tipo "aberto", sendo os dados coletados posteriormente tabulados, obtendo-se como categorias mais significativas: currículo, metodologia e avaliação.

Ao lado desse movimento do Diretório Acadêmico, já no final de 1991, comprometemo-nos a socializar todos os dados obtidos na pesquisa então desenvolvida por nós, para que juntos, discutíssemos nossos problemas internos.

Os dados de ambas tinham a mesma conotação: descontentamento com o currículo, com a metodologia e a avaliação discente realizada pelos professores.

Diante dos resultados obtidos, a Faculdade de Direito, como um todo, houve por bem realizar o I Fórum Interno de Debates, comprometendo-se, inclusive, pela sua realização anual.

O objetivo foi o de "discutir e repensar o ensino jurídico" ministrado no Curso de Bacharelado, tendo em vista o perfil ou modelo de Bacharel que se deseja formar e o "incentivo à participação da comunidade no desenvolvimento da Unidade como um todo".¹

O temário do I Fórum foi fruto das pesquisas realizadas junto ao corpo discente, logrando aprovação dos vários segmentos da Unidade e, como já mencionado, ateuve-se ao currículo, metodologia e avaliação docente e discente.

Foram constituídas, então, três comissões mistas, integradas por alunos e professores, sob a coordenação dos professores Dr. Renan Severo da Cunha, Dr. Jamil Miguel e esta pesquisadora, responsáveis, respectivamente, pelas categorias: currículo; avaliação e metodologia.

Abraçando um mesmo ideal de mudança, as comissões passaram a se reunir periodicamente, de início separadamente e posteriormente em conjunto por meio de reuniões semanais.

As reuniões conjuntas resultaram do entendimento de que não se poderia discutir separadamente currículo, metodologia e avaliação, pois a interdisciplinaridade pretendida importava metodologia diferenciada, que conduzisse o aluno à reflexão, e conseqüentemente imprimiria à avaliação uma nova conotação.

De início, o número de alunos participantes foi pequeno, deixando transparecer o descrédito em relação a alguma mudança. No entanto, já próximo da plenária, possuíamos três representantes de cada classe que traziam as propostas já discutidas e selecionadas em classe, de acordo com sua primazia, os quais as apresentavam às comissões e, após a sua socialização, eram essas propostas colocadas em votação para uma posterior condução à plenária.

Mediante as propostas votadas nas comissões, concluiu-se pela necessidade de alteração em toda a estrutura e organização curricular, imprimindo-lhe mais dinamismo no sentido de proporcionar ao aluno um maior número de debates sobre temas atuais e relevantes; instrumentalizar o curso, proporcionando ao aluno o desenvolvimento da prática; articular as disciplinas que se mostram isoladas, mal distribuídas por séries, e a inserção de outras que se adequem ao momento atual.

Conseqüentemente, concluiu-se também pela necessidade de um aprofundamento quanto à metodologia, buscando aquela que permitisse ao aluno uma reflexão sobre o Direito, aprofundando-se sua adoção por todo o corpo docente.

Como não poderia deixar de ser, tendo-se em vista os dados aqui enunciados, a avaliação discente, como vem sendo realizada, em um momento único (o da prova) não corresponderia ao efetivo desempenho do aluno, devendo ser buscada uma forma de avaliação contínua.

Ao lado da avaliação discente, colocou-se a necessidade de proceder-se à avaliação docente, com a efetiva participação dos alunos e departamentos.

As propostas não traduziram surpresa às comissões, que deram início aos trabalhos apoiados em pesquisas anteriores que retrataram situações reais, as quais deverão ser muito bem trabalhadas, buscando-se a sua superação.

Num primeiro momento, as comissões buscaram fornecer aos alunos material elucidativo sobre o temário, tais como: livros, artigos e currículos de outras Faculdades.

Não nos pareceu suficiente o que fazíamos. Foi então que, com a colaboração do Diretor da Faculdade de Direito, pudemos ter conosco, para uma maior ilustração e alcance dos assuntos, grandes personagens da vida acadêmica, como o Professor Aurélio Wander Bastos, Professor Newton César Balzan e Professor João Batista Lopes, que se deslocaram do Rio de Janeiro e São Paulo com suas exposições abrilhantando-nos de extrema competência e sabedoria, e que tanta colaboração nos trouxeram com o primeiro painel realizado em novembro de 1992.

Não menos ilustres foram nossos professores Dr. Renan Severo da Cunha e Dr. Álvaro César Iglésias, DD. Diretor desta Unidade.

O primeiro painel realizado em novembro de 1992, pôde contar com a palestra do Professor Dr. Newton César Balzan que apresentou, parcialmente, um trabalho realizado por um grupo de pesquisadores do qual faz parte e que vem se desenvolvendo na PUCCAMP, "PUCC - DO PROJETO PEDAGÓGICO À IDENTIDADE SOCIAL - O PROCESSO DE AVALIAÇÃO DA PUCCAMP - 1971 A 1992", os quais buscam uma avaliação da PUCCAMP ao longo desses 21 anos.

Todas as Unidades foram avaliadas, e no caso específico da Faculdade de Direito, praticamente todos os alunos das quintas séries responderam às questões formuladas.

Foram 44 questões fechadas com alternativas, somando 6.600 respostas avaliadas.

Num segundo momento, foram respondidas 15 questões abertas dissertativas que resultou num total de 2.250 questões.

Dessa maneira, o grupo de pesquisadores analisou 8.250 questões, análise essa minuciosa, abrangendo o trabalho estatístico para as questões fechadas e a análise do discurso para as questões abertas.

Os dados apresentados pelo Professor Dr. Newton César Balzan vieram corroborar no sentido da confirmação dos dados obtidos por esta pesquisadora e ampliação da compreensão do Universo - Faculdade de Direito - PUCCAMP.

Uma das questões mais relevantes apresentadas pelo pesquisador disse respeito à questão formulada: "faria o mesmo curso, de novo, se pudesse"?

69.1% dos alunos do período matutino responderam sim. 9.5% não o fariam.

O período noturno apresentou os seguintes dados: 62.3% fariam novamente o curso e 9.7%, não.

Comparando com o geral da PUCCAMP, conforme demonstrado pelo Professor, o índice obtido é superior, tendo em vista que 62% o fariam e 18% não o fariam novamente.

Dessa maneira,

*"Entrou na Faculdade de Direito, vai exercer a profissão, se vê como advogado daqui a dez anos e faria o mesmo curso, outra vez, se ele pudesse começar de novo"*²

Desses ensinamentos, ficou-nos um momento de reflexão: que desejamos nós de nossa Faculdade de Direito?

A partir dessa indagação não pudemos mais relegar a um segundo plano a reflexão, não só sobre o ensino ministrado, sua forma, seu conteúdo, mas, sobretudo, em como pensar o Direito, em como pensar e refletir sobre os códigos, sobre a cidadania e sobre a ética.

ENFOQUES

Um dos enfoques foi o grande desafio por que temos que passar. Nós, que temos o Direito como instrumento de trabalho, como superar a legislação imposta autoritariamente e com a qual

convivemos nas nossas aulas? Que nos distancia das expectativas da sociedade?

Necessário se torna que enfrentemos essa situação, sem o que estaríamos assumindo uma postura conivente com o "status quo".

Para que possamos refletir sobre esse grande desafio, em primeiro lugar, o aluno deveria deixar de manter uma atitude passiva em sala de aula, para ter uma participação ativa no processo de aprendizagem.

"Será que o aluno tem que continuar mero ouvinte ou ele tem que aprender a conversar, debater e discutir a disciplina com o professor?"³

No entanto, para que isso aconteça, necessário se faz que o aluno se prepare antecipadamente, permaneça em aula e exija que o professor se prepare para a aula.

Mas a atitude passiva é mais cômoda para o aluno e favorece o professor. É mais fácil, considerando-se o aprendizado ativo, ostensivo e eficiente que requer a reflexão acompanhada de uma leitura prévia e do empreendimento de pesquisas, seguida de discussões fundadas em conhecimento do assunto, pois, em assim não sendo, cairia no vazio.

Nova reflexão: uma Faculdade que faça a simples transmissão do conhecimento oficial? Uma transmissão de conteúdo codificado? É essa que queremos?

Qual seria, então, a nossa contribuição para a produção do conhecimento jurídico?

A finalidade maior da Faculdade de Direito deve ser gerar e produzir conhecimento, e não podemos nos esquecer desse grau de responsabilidade que nos cabe.

Por isso, não podemos nos esquecer da urgência da pesquisa para a produção científica. Buscamos nós,

*"Escolas que produzam, gerem conhecimentos, busquem alternativas legais para convivência política no país, para sobrevivência jurídica do país"*⁴

Se buscamos essas escolas, não nos esqueçamos da liberdade de pensamento, da liberdade de reflexão que deve emanar de escolas produtivas e da nossa Faculdade de Direito, permitindo-nos identificar o novo, em que se inserem as expectativas da sociedade e nos permite por meio da reflexão, afastar das nossas salas de aula o positivismo dogmático tradicional que nos conduz a um falso significado do Direito, o qual deve buscar efetivamente o equilíbrio entre a igualdade e a liberdade.

Afirmam-nos que

*"Se não encontrarmos formas de nos adaptarmos ao desenvolvimento científico moderno, se nós não encontrarmos forma de superar a miséria e a pobreza deste país, nós vamos ser impactados pelos fatos, nós vamos ser cerceados pelos fatos e nós vamos perecer a ordem jurídica e perecendo a ordem jurídica, perece a liberdade e a vida democrática."*⁵

Portanto, essa busca do equilíbrio entre igualdade e liberdade não pode ater-se às salas de aula, manter-se alheia aos problemas atuais do Brasil e do mundo, como se a ciência do Direito já estivesse pronta, acabada, cumprido na íntegra o que interessa à cidadania.

Que o Direito é um fenômeno interdisciplinar, não resta dúvida. Como, no entanto, dimensionar essa interdisciplinaridade? Encontrando formas que nos permitam identificá-lo como um conhecimento cujo conteúdo contém o interesse social e as variações dos diversos ramos do saber.

Retomando o primeiro momento de reflexão: o que desejamos de nossa Faculdade de Direito?

Enquanto não nos decidirmos, não poderemos falar em alteração curricular, tampouco metodológica, tendo em vista que currículo e metodologia respondem a um objetivo definido.

Qual seria esse objetivo?

Propiciar aos nossos alunos uma formação científica? A formação científica seria incompatível com a formação profissionalizante?

Ambas as hipóteses foram muito bem trabalhadas pelo Professor Renan Severo da Cunha, que categoricamente opôs-se a uma dicotomia, pois estudamos um único objeto, um objeto chamado Direito⁶, que não nos impede de sermos juristas no sentido de avançar o Direito, de pensar o Direito para o que é urgente conhecer o Direito.

Para que possamos receber uma formação que se ajuste ao posicionamento acima, necessário se faz um currículo que estreite os caminhos entre a norma e a realidade e isso não será feito sem que procedamos às reflexões anteriores pensando profundamente sobre a nossa Faculdade, sobre o nosso esforço cultural e sobre o nosso Direito.

É preciso aproximar, para isso, teoria e prática por uma práxis que se consistirá nos vários momentos vividos na interlocução da sala de aula, da vivência de cada um - professor e aluno - e da experiência acumulada da sociedade.

Como elaborar um currículo, pois, que atenda à formação, a um tempo, científica e profissionalizante na sua exata dimensão?

Poderíamos nos esquecer desse momento especial que "acontece" na sala de aula, quando interagem professor e aluno?

A metodologia tem sua importância na medida em que favorece o espírito questionador do aluno e utiliza a reflexão e a discussão em sala de aula.

Em sendo o pensamento positivista,funcionalista, tomando-se o Direito como ciência pronta e acabada, como um

repositório de leis, cessa qualquer possibilidade de diálogo. Nesse caso a aula consistiria apenas num monólogo?

A ciência do Direito não está pronta, há infindáveis questionamentos na sua área, os quais ainda estão sem resposta, principalmente em relação aos problemas que envolvem o viver do homem em sociedade.

A partir do momento em que possamos encarar a Faculdade de Direito como uma instância que nos ensine padrões de cidadania, a refletir sobre o momento que vivemos, sobre o nosso cotidiano, necessariamente nos obrigaremos a nova conduta em sala de aula e a novo relacionamento junto aos nossos alunos que já não serão apenas os ouvintes de uma ciência estática, mesmo porque, voltando-se ao homem, o Direito é dinâmico em sua essência.

Qual seria, então, a forma de se ensinar Direito?

Diante dos debates realizados, admitiu-se que o ensino discursivo já não encontra eco, porque impede a interdisciplinaridade que é o trabalho conjunto de disciplinas várias na busca de um objeto comum, o qual não é privilégio de nenhuma delas em particular.

O grande desafio, pois, no ensino do Direito é determinar o objeto a que esse ensino visa. E é preciso nessa tarefa lembrar que

a norma ou o que aparece em forma de norma, ela é um simples instrumento para resolver problemas e a vida, em qualquer circunstância é sempre mais rica, muito mais dinâmica e muito mais coerência normativa⁷.

Cabe a nós, professores, estudantes enquanto membros integrantes da Faculdade de Direito, a produção do conhecimento jurídico, a geração do conhecimento jurídico, a criação do conhecimento jurídico.

Não deve ser permitida a atribuição a nós do papel de reproduzir o conteúdo "dito" pela norma, pois a norma já o diz no

seu texto. Devemos, sim, fazer revelar o que a norma deveria conter diante da liberdade de pensamento e reflexão que deve ser vivenciada na Faculdade de Direito.

Como avaliar o aluno dentro de novas "medidas" muito mais elásticas, porque mais humanas agora?

A avaliação apresenta-se como um tema polêmico sendo considerada como um dos mais sérios problemas da educação, pois tem que ser encarada em primeiro lugar no contexto educacional, e em segundo, num contexto social mais amplo impondo seus valores que se transformam em práticas sociais com reflexos significativos para a educação e para a própria avaliação.

Qual seria o raciocínio lógico a ser desenvolvido sobre avaliação?

Seria lógico que valorizássemos exclusivamente a nota das provas ?

Seria lógico o professor avaliar o aluno apenas em épocas designadas previamente ?

Que lógica seria essa?

No entanto, o querer mudar desde que detectado o problema e criticado, deve somar-se à prática que nos fornece o grau de dificuldades com que temos que nos enfrentar para a tão pretendida mudança. Não nos deve bastar apenas um ideal de mudança muito embora a nossa realidade se traduza por uma super-lotação das classes, um espaço físico exíguo, uma quase que total ausência de equipamentos e por professores de uma forma geral despreparados quanto à didática. Todos esses fatores e outros mais, acoplados a uma metodologia passiva e ausência de um projeto pedagógico atualizado, contribuem para o aumento de dificuldades para se por em prática as mudanças pretendidas.

Acima podemos ver traçado um esboço singelo da avaliação em geral. Problema técnico? Problema político?

Sem dúvida alguma, intimamente ligado a uma mudança na postura do educador que se estende à educação, à sociedade e à avaliação e que requer ação, reflexão e ação.

Dessa maneira, só serão estabelecidas mudanças desde que elas venham a ser praticadas e, principalmente, pelo fato de entendermos que o Direito atua permanentemente na vida social.

O aluno clama por mudanças.

Quais seriam essas mudanças? Não nos devemos importar com estas ou aquelas mudanças, mas sim com todas, levando-se em consideração o discurso do aluno que valoriza a Faculdade de Direito e clama por uma produção de conhecimentos e não apenas pela sua reprodução, mudanças que permitam

A busca da dimensão interdisciplinar do aprendizado político na sociedade moderna e de formas de aprender o Direito como fenômeno interdisciplinar, como fenômeno expressivo não apenas dos interesses sociais, mas também, um conhecimento que traduza as inovações, as mutações e as modificações dos diferentes e mais diversos âmbitos do conhecimento.⁸

CONCLUSÕES

O trabalho desenvolvido na Faculdade de Direito permitiu-nos diagnosticar como se desenvolve o ensino jurídico no curso e quais os anseios dos estudantes em relação ao mesmo.

Constatou-se, por meio dos dados levantados, que a aula discursiva vem a ser o procedimento de ensino mais utilizado pelos professores, atingindo uma média superior a 90.00% e que o conteúdo transmitido se atém na sua maioria aos manuais, sem maiores preocupações com a construção do conhecimento.

Esses fatores permitiram-nos afirmar que o ensino ministrado enfoca, como objeto do Direito, a norma e não o fato social.

A postura diante do ensino jurídico assumida pelos professores, sem generalizar, apresenta-se de uma forma tida como perfeita e natural pela própria formação por eles recebida e por vivenciarem uma política positivista, onde a realidade se traduz por "progresso" como forma de desenvolvimento.

Por outro lado, a partir da civilização industrial, a realização de todo cidadão o rege-se pelo grau de segurança que possa ser atribuído às suas idéias, que, por sua vez, mantêm-se fixas em defesa do país.

Não apenas os educadores sofreram a influência do positivismo, mas todas as instituições de ensino brasileiras dela vem se ressentindo desde o início da República, permanecendo de forma marcante até os dias atuais.

A educação, por sua vez, abraça os princípios positivistas, buscando educar para o desenvolvimento, mantendo a idéia de racionalidade e eficiência. Adapta-se-à vida social, aos seus padrões de comportamento. Importa-lhe dar continuidade a esses padrões. Afasta-se das contradições que alterariam a ordem e gerariam a insegurança quanto à supremacia do Estado.

Permanece ausente a reflexão sobre a educação, sobre o Direito em si, sobre o justo por natureza e o justo por lei.

O justo por lei é uno. Identifica-se de uma maneira geral para todos, impõe-se pela lei.

A problemática surge a partir do momento da aplicação da norma, sem que se tome consciência da mesma, sem que o justo por natureza faça parte integrante do justo por lei, e, queiramos ou não, os princípios do justo por lei são acatados como verdadeiros, pois se adota uma postura passiva, impedindo-se que ressurgja o sujeito dentro da educação. Mantém-se a objetividade, isentando o sujeito da responsabilidade social.

São transmitidos aos alunos modelos jurídicos tradicionais que não traduzem os anseios da nação, atribuindo às aulas um caráter formal, despidas de reflexão sobre a realidade, despidas do pensar sobre o Direito imposto a nós e compromissado com períodos autoritários.

A origem dessa postura do educador que se reflete nos alunos remonta às nossas primeiras faculdades: a de São Paulo e Olinda.

Ditos liberais, os então bacharéis professores estiveram na sua grande maioria ligados ao poder estatal, a serviço da classe dominante, como se pode inferir do quadro ora apresentado e que abrange todos os professores da Faculdade São Francisco, correspondendo a um período de cem anos.

PROFESSORES - SÃO PAULO - 1827/1927

Deputados Provinciais/Estaduais	42	42.4%
Deputados Federais	31	31.3%
Presidentes de Província/Estado	21	21.2%
Senadores Estaduais	15	15.2%
Senadores Federais	06	6.1%

Total de professores investigados = 99

Como profissionais da lei, pelo próprio papel exercido dentro do Estado, mantinham-se conservadores e a afirmar o próprio Estado.

Postam-se, ainda hoje, como profissionais da lei, conservadoristas, não imunes às transformações sociais, mas limitando-se a criticar o Direito dentro dos padrões do formalismo, da ordem e do Estado, pela sua própria crença e formação jurídica.

Fixando-se na norma como objeto do Direito, deixam de enfatizar o sujeito, estabelecendo a dicotomia entre o homem e seu meio físico e social, afastando-se da unidade dialética entre o sujeito do conhecimento e o objeto a ser conhecido.

Referiu-se o Professor Renan Severo da Cunha, em palestra proferida no painel que embasou as discussões sobre currículo, em vir a ser o Direito o objeto do nosso conhecimento. Essa afirmação extraída do contexto do seu discurso vem ao encontro, segundo nos parece, da voz geral do alunado desta Faculdade de Direito, que clama por um ensino cujo objeto seja

construído e reconstruído permanentemente por meio de condições materiais, histórias, concretas e que resulte da inter-relação sujeito-objeto inserida num contexto social histórico.

A construção do objeto a partir do abstrato, sua explicação e compreensão dentro de um todo social histórico corresponderia a um processo de análise da norma em abstrato, suas implicações atribuições, quando da sua aplicação ao caso concreto e a um retorno mesma, para a verificação da sua eficácia, para a constatação do Direito justo e do injusto, para a reconstrução desse conhecimento.

A partir de então, priorizando a interação sujeito e meio ambiente contextualizado historicamente, poderíamos referir ao posicionamento do aluno que se ressentia da ausência de atividades práticas na Unidade, à relação teoria e prática no sentido de trocas sociais, interação do sujeito socialmente e à composição de uma totalidade abrangente de homem e sociedade, num movimento dialético de apropriação e recriação, elaborada.

Por ocasião da análise dos depoimentos das estagiárias da Assistência Jurídica, pudemos verificar que a aprendizagem pressupõe um desenvolvimento que se realiza por uma somatória de experiências, mas sobretudo por vivências sociais que envolvem interesses e valores contraditórios, quando, então o aluno se defronta com diferentes idéias geradas em momentos distintos.

É, pois, na atividade prática, social, contextualizada historicamente, que se poderá obter um ensino mais produtivo, reflexivo e construtivo, com a participação no processo cognitivo de não apenas um sujeito, mas, sim, de todos os implicados no processo.

O investigador faz sua opção de acordo com sua crença e postura teórico - metodológica. E, por alternativas tomadas como norte para este trabalho, concluímos pela necessidade da elaboração de um novo projeto pedagógico para a Unidade, projeto esse comprometido com a formação crítica do bacharel diante da situação real da nação e de sua transformação, o que exequível pelo aprimoramento do trabalho docente e a participação ativa dos alunos no processo educacional.

Para implantação desse estado de coisa, cabe-nos ter em mente alguns objetivos, como revisar o projeto do curso e trabalhar intensamente os pontos identificados como críticos. Para tanto haveremos de buscar:

- integração entre as disciplinas do curso, através da elaboração conjunta de seus programas pelos docentes da mesma série sem perder em nenhum momento, a consciência do todo programado num projeto pedagógico mais amplo pela Unidade;

- modos de propiciar ao aluno a análise dos problemas críticos da realidade nacional, tendo em vista a programação das disciplinas oferecidas pelo curso e conseqüentemente, seu projeto pedagógico;

- formas de incentivar o desenvolvimento de projetos de pesquisa;

- condições inserir disciplinas que garantam ao aluno a formação política, filosófica, sociológica e história, que o leve a compreender o instrumento de transformação a ser por ele manuseado, tendo em vista o projeto pedagógico que se propõe a FADI;

- desenvolvimento de atividades programadas desde que complementares das disciplinas oferecidas no curso;

- métodos que permitam promover a interação teoria-prática, no sentido da formação de uma atitude reflexiva;

- meios que possibilitem a implementação de estágios mais coerentes, porque mais participativos, nos moldes da Assistência Jurídica "Dr. Carlos Foot Guimarães", conforme experiência aqui registrada, e que responde as nossas expectativas, por estarmos empenhada na qualidade do ensino jurídico.

Sem dúvida, a colocação em prática do enunciado proposto será um trabalho lento, difícil, gradual, pois envolve uma reformulação de como pensar o Direito e de como ensiná-lo de forma a propiciar aprendizagem significativa àqueles que buscam esta ciência, pois a

*Teoria penetra na práxis da
existência através da adequação*

*do espírito ao momento cósmico:
ela imprime sua forma à existência
disciplinando-a no seu éthos"*

Jürgen Habermas

NOTAS

- 1- Regimento Interno - I FORUM INTERNO DE DEBATES
- 2- Extrato da Palestra proferida pelo Professor Dr. Newton César Balzan por ocasião do I Fórum Interno de Debates.
- 3- Extrato da palestra proferida pelo Professor Dr. Aurélio Wander Bastos por ocasião do I Fórum Interno de Debates
- 4- Idem.
- 5- Ibidem
- 6- Extrato da palestra proferida pelo Professor Dr. Renan Severo da Cunha por ocasião do I Fórum Interno de Debates.
- 7- Extrato da Palestra proferida pelo Professor Dr. Aurélio Wander Bastos.
- 8- Idem.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, 5.(1988). Os Aprendizizes do Poder, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 266 p.
- ALVES, R.(1981). Filosofia da Ciência, 12a.ed., São Paulo, Brasiliense, 210 p.
- ANDRADE, C.J.(1991). Hermenêutica Jurídica no Brasil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 269 p.
- ARENDT, A.(1981). A Condição Humana, São Paulo, Universidade de São Paulo, 338p.
- ARNAUD, A.J.(1991). O Direito Traído Pela Filosofia, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 253 p.
- ARRUDA, Jr. E.L.(1989). Ensino Jurídico e Sociedade, São Paulo, Acadêmica, 83 p.
- BENJAMIN, W. et alii (1983). Textos Escolhidos, 2ª ed., São Paulo, Victor Civita, 343 p.

- BACHELARD, G.(1990). **O Materialismo Racional**, Rio de Janeiro, 70, 261 p.
- BASTOS, L.R.P.; LYRA & FERNANDES, L.M. (1979). **Manual Para Elaboração de Projetos e Relatórios de Pesquisas Teses e Dissertações**, Rio de Janeiro, Zahar, 117 p.
- BERMAN, L.M. (1976). **Novas Prioridades Para O Currículo**, 2ª ed., Porto Alegre, Globo, 240 p.
- BORDA, O.F.(1981). **Aspectos Teóricos Da Pesquisa Participante**. In: BRANDAO, C.R., **Pesquisa Participante**, São Paulo, Brasiliense.
- BRUNER, J.S.(1974). **O Processo Da Educação**, 3ª ed., São Paulo, Nacional, 142 p.
- CASTANHO, M. E.(1979). **Universidade à Noite**, Campinas, Papyrus, 128 p.
- CESAR, C. M.(1989). **Bachelard: Ciência e Poesia**, São Paulo, Paulinas, 86 p.
- CRESCI, SOBRINHO E.(1991). **Justica Alternativa**, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 228 p.
- CUNHA, L.A.(1986). **A Universidade Tempora**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 339 p.
- DALLARI, D.A.(1973). **Elementos de Teoria Geral Do Estado** 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 256 p.
- DOMINGUES, J.L.(1985). **O Cotidiano Da Escola De 1º Grau**. Tese de doutorado. São Paulo. PUC .
- ECO, U.(1977). **Como se fa una tesi, di laurea**, Casa Editrice Valentino Bom Piani & C.E. p.a.
- _____ (1983). **Como se faz uma tese**, 1ª ed., São Paulo, Perspectiva, 184 p.
- FAORO, R. (1991). **Os Donos do Poder: formação do patronato político do Brasil**, 9ª ed., São Paulo, Globo, 397 p.
- FARIA, J.E. et alii (1989). **Direito E Justiça**, São Paulo, Atica, 205 p.
- _____ (1991). **A Sociologia Jurídica No Brasil**, Porto Alegre, Sérgio Antoni Fabris, 61 p.
- _____ (1988). **A Crise Do Direito Numa Sociedade Em Mudança**, Brasília, Universidade de Brasília, 121 p.
- FARIA, J.E.(1991). **Justiça E Conflito**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 158 p.

- FARIA, J. E. (1987). *A Reforma Do Ensino Jurídico*, Poto Alegre, Sérgio Antunes Fabris, 88 p.
- FAZENDA, I. et alii (1989), *Metodologia Da Pesquisa Educacional*, São Paulo, Cortez, 143 p.
- FREIRE, G.(1973). *Além Do Apenas Moderno*, Rio de Janeiro, J.Olympio, 266 p.
- GRAMSCI, A.(1966). *Concepção Dialética Da História*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 341 p.
- GIROUX, H.(1986). *Teoria Crítica e Resistência em Educação*, Rio de Janeiro, Vozes, 336 p.
- HERKENHOFF, J.B.(1990). *Direito E Utopia*, São Paulo, Acadêmica, 80 p.
- IHERING, R. VON (1988). *A Luta pelo Direito*, o São Paulo, Acadêmica, 80 p.
- KELSEN, H.(1991). *Teoria Pura do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 374 p.
- LACOSTE, J.(1992). *A Filosofia no Século XX*, São Paulo, Papirus, 227 p.
- LOWY, M.(1988). *Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise Marxista*, 2ª ed., São Paulo, Cortez 112p.
- MACHADO, N. et alii (1966). *O Direito E A Vida Social*, São Paulo, Nacional, 210 p.
- MACKINNON, D.W.919710. A natureza e o cultivo do talento criador. In: WOLFLE, D., *A Descoberta do Talento*, Rio de Janeiro, Lidados, p.167-89.
- MARCONI, M. A. et alii (1985). *Técnicas De Pesquisa*, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 205 p.
- MESSICK, R.G. et alii (1980). *Currículo: análise e debate.*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Zahar, 162 p.
- MOLES, A.A. (1971). *A Criação Científica*, São Paulo, Perspectiva, 292 p.
- MORAIS, R. et alii (1989). *Filosofia, Educação e Sociedade: ensaios filosóficos*, São Paulo, Papirus, 220 p.
- MIAILLE, M.(1989). *Introdução Crítica Ao Direito*, Lisboa, Estampa, 330 p.
- NADER, P.(1991). *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 298 p.

- PACHUKANIS, E.B. (1988). *Teoria Geral Do Direito E Marxismo*, São Paulo, Acadêmica, 136 p.
- PAIOLI, N.J. (1985). *Para Repensar A Universidade E A Pós-Graduação* 2ª ed., Campinas, UNICAMP, 38 p.
- PEREIRA, A.F. (1980). *Textos De Filosofia Geral E De Filosofia Do Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 298 p.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS (PUCCAMP). *PUCC - Do Projeto Pedagógico à Identidade Social- O Processo de Avaliação da Puccamp - 1971 a 1992*. Projeto em desenvolvimento. Prof. Drs. Newton César Balzan, Múcio Camargo de Assis, Sílvio A.S. Gamboa e Maria Eugênia M. Castanho, Campinas, São Paulo, 1993.
- RIBEIRO, Jr.J. (1988). *O Que é Positivismo*, 7ª ed., São Paulo, Brasiliense, 78 p.
- SAUL, A. M. (1988). *Avaliação Emancipatória*, São Paulo, Cortez, 150 p.
- SEGURADO, M.D. (1973). *O Direito no Brasil*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 494 p.
- SHIRLEY, R.W. (1987). *Antropologia Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 100 p.
- TABA, H. (1976). *Elaboracion del currículo*, 2ª ed., Buenos Aires, Troquel, 662 p.
- TYLER, R.W. (1973). *Princípios Básicos De Currículo E Ensino*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Globo, 119 p.
- VEIGA, I.P.A. et alii (1989). *Repensando A Didática*, 3ª ed., Campinas, Papirus, 158 p.

AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E AS FIGURAS DA DECADÊNCIA E DA PRESCRIÇÃO

Heitor REGINA

É grande a discussão a respeito da natureza jurídica das contribuições previdenciárias, se tributária ou não.

A atual Constituição Federal inicia o enunciado dos princípios gerais do sistema tributário nacional, em seu artigo 145, preceituando que os entes federados podem instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas e, III - contribuição de melhoria.

Parece adotar, à primeira vista, a classificação tripartite dos tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria).

Mas, nos artigos 148 e 149, ainda na seção alusiva aos princípios gerais do sistema, estabelece as linhas mestras, respectivamente, dos empréstimos compulsórios e das contribuições (sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas), razão pela qual parte da doutrina defende a classificação dos tributos em cinco categorias: aquelas três clássicas e estas outras duas.

Deixando de lado, nesta oportunidade, essa discussão doutrinária, gostaríamos de destacar a posição adotada pela Constituição, relativamente às aludidas contribuições, para que possamos ingressar no exame do assunto que pretendemos abordar.

Diz expressamente a Constituição, no mencionado artigo 149, que, relativamente às contribuições, deverá ser observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do

previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

No que aqui interessa - artigo 146, III - preceitua este dispositivo que cabe à lei complementar, entre outras coisas, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre "...prescrição e decadência tributários" (b).

Ou seja, a partir da Constituição Federal de outubro de 1988, as contribuições, independentemente da sua natureza jurídica, tributária ou não, passaram a sujeitar-se às normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive prescrição e decadência, estabelecidas em lei complementar.

Não foi editada, após outubro de 1988, lei complementar a respeito.

Mas como disposição no mesmo sentido já continha a Constituição anterior (desde a Emenda Constitucional nº 18/65), temos o Código Tributário Nacional (Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966), com eficácia de lei complementar, e cuja ementa esclarece que "dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios"; Código esse que, de maneira geral, foi recepcionado pelo novo Estatuto Maior, excepcionando-se, apenas, as normas eventualmente incompatíveis com este, não afetando a matéria objeto destas considerações.

O que quer dizer que a lei complementar que deve estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive sobre prescrição e decadência, é o Código Tributário Nacional, tendo em vista o princípio da recepção, através do qual, o novo Estatuto Supremo recepciona todo o direito infra-constitucional pré-existente e com ele compatível.

De sua parte, o CTN estabelece que, tanto a decadência (art.173), quanto a prescrição (art.174), ocorrem em cinco (5) anos, sendo irrelevante, neste momento, a análise dos critérios de contagem desse prazo, quer em relação a esses artigos, quer em relação ao § 4º do artigo 150, referentemente aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Combinando, pois, os artigos 149 e 146, III, "b", da Constituição Federal, com os artigos 173 e 174, do Código Tributário Nacional, que são as normas superiores que ordenam o vigente sistema tributário nacional, incluindo as contribuições, estas estão sujeitas à decadência e à prescrição, no prazo de cinco (5) anos, de cada ocorrência, segundo a sua natureza.

Quanto à decadência, a matéria estava melhor definida legalmente, não havendo maior dificuldade na aceitação do prazo de cinco (5) anos, tanto que a própria legislação ordinária previdenciária, determinava esse prazo como o obrigatório da guarda de livros e documentos.

A grande discussão girava em torno da prescrição, sendo definidas posições: prescrição de trinta (30) anos, como determinava expressamente a anterior Consolidação das Leis da Previdência Social, art.209, originária do artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26.08.1960 (LOPS), ou prescrição de cinco (5) anos, como prevista pelo artigo 174 do CTN.

Como importante marco histórico dessa discussão, temos a Emenda Constitucional nº 8, de 14.04.1977 (as Emendas 7/77 e 8/77 são as conhecidas como "pacote de abril de 1977", do Presidente Geisel).

Antes da EC 8/77, as contribuições eram havidas como tributos, sujeitas, assim, à prescrição de cinco (5) anos.

Com o advento dessa EC, e por força de suas disposições, especialmente dando nova redação ao inciso I, do § 2º, do artigo 21, e acrescentando o inciso X ao artigo 43, perderam elas essa natureza - tributária.

Porém, como o artigo 144 da LOPS (que estipulava o prazo de trinta anos) havia sido revogado pelo artigo 174 do CTN (que estabelecia o prazo de cinco anos), o advento da EC 8/77 não ripristinou aquele, razão pela qual o entendimento era o de que, até nova lei que dispusesse em contrário, continuaria prevalecendo o prazo quinquenal.

Em 22.09.1980 surgiu a Lei nº 6.830, que dispôs sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública cujo § 9º,

do seu artigo 2º, prescreveu: "O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960".

A palavra "continua", constante desse novo texto, poderia dar a entender que o prazo era o de trinta (30) anos.

Mas, como não havia ocorrido a repristinação, o disposto nesse § 9º, do artigo 2º, da Lei de Execuções Fiscais, teve o efeito jurídico de determinar, a partir daí, o novo prazo de prescrição de trinta (30) anos, para as contribuições.

Até, pois, o advento da Constituição de 1988, o prazo de decadência era de cinco (5) anos e o de prescrição era de trinta (30) anos (este, a partir da Lei nº 6830/80).

Com o advento da Constituição, como vimos, as contribuições passaram a sujeitar-se, novamente, às disposições do CTN, razão pela qual os prazos, tanto de decadência, como de prescrição, passaram a ser de cinco (5) anos.

Para nossa surpresa, em 24.07.1991 foi sancionada a Lei nº 8.212, dispondo sobre a organização da Seguridade Social e instituindo os Planos de Custeio, cujos artigos 45 e (46,) respectivamente, estabeleceram o prazo de dez (10) anos para à decadência e para a prescrição, matéria em vigor até agora!

Entendemos, s.m.j., que estes últimos dispositivos da lei ordinária previdenciária, por ofenderem os artigos 149 e 146, III, "b", da Constituição Federal e o artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional, estão eivados do vício da inconstitucionalidade, direta e indireta, devendo, em consequência, para todos os efeitos de direito, e em obediência a esses mesmos dispositivos superiores do vigente sistema tributário nacional, considerar-se como eficaz o prazo de cinco (5), tanto para a decadência, como para a prescrição.

DA NECESSIDADE DA PROPOSITURA DA AÇÃO SATISFATIVA (PRINCIPAL) APÓS A EFETIVAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR - DOS ARTS. 806 E 808 DO C.P.C.

Claudio Augusto PEDRASSI
Mestre e doutorando em Direito Processual
Civil pela PUC/SP, professor da cadeira de Direito
Processual Civil da PUCC, Juiz de Direito

1. INTRODUÇÃO

Uma questão que muitas vezes atormenta ao intérprete da lei processual civil, bem como ao seu aplicador, é sem dúvida o alcance de dois dispositivos do C.P.C., no que concerne ao processo cautelar, quais sejam, os artigos 806 e 808, I.

Esses dispositivos seriam aplicáveis a qualquer ação cautelar?

Qual seria o sentido da expressão "cessa a eficácia" do art.808 do C.P.C.?

Tais perguntas necessitam de reflexão e análise; sendo que em nossa opinião, tanto a doutrina, como a juris-prudência, não deram a estes dispositivos a atenção que eles reclamavam.

2. ESBOÇO HISTÓRICO

Desde o regulamento nº 737 de 1.850, estava previsto este tipo de prazo, com a mesma espécie de sanção.

O art. 331, § 2º do citado regulamento diz:

"331- O embargo ficará de nenhum efeito:

(...)

§ 2º Se o embargante dentro em quinze dias não propuser a ação competente."

Assim, como se vê, a propositura da ação competente era condição para a permanência da medida cautelar.

Necessário se faz ressaltar que se considerava proposta a ação, segundo esse regulamento e a jurisprudência da época, com a acusação da citação inicial, que deveria se realizar nos 15 dias previstos no art. 331, § 2º do Regulamento 737.

Nos Códigos Estaduais, também havia dispositivos equivalentes: no de Minas Gerais (art. 427), São Paulo (art. 389), Bahia (art. 949), Espírito Santo (art. 299) e Rio de Janeiro (art. 1.709)¹.

Já no C.P.C. federal de 1.939, o art. 677 reza:

"Art. 677. Salvo as hipóteses dos ns. V (prestação de cauções), VI (exibição de livro, coisa ou documento) e VII (vistorias, arbitramentos e inquirições "ad perpetuam memoriam"), quando qualquer das medidas referidas no artigo anterior fôr ordenada como preparatória, a ação será proposta no prazo de trinta (30) dias, contados da efetivação da medida, sob pena de perder esta eficácia e ficar o requerente obrigado a reparar os danos resultantes da execução."

Como se vê, o legislador manteve a exigência da propositura da ação no prazo de 30 (trinta) dias, à exceção de certas cautelares, relativas à segurança da prova.

Lopes da Costa ao comentar o dispositivo, entendeu que também constituíam exceções outras cautelares referentes à prova, não citadas expressamente no texto legal:

"É de bom senso (comentando o art. 677). Este indicava também que a exceção haveria de estender-se aos casos dos ns. IX e X do art. 676.

*Não terá sentido ao despir-se de todo o valor probatório o inventário a que se procedeu como medida acauteladora..."*²

Diferente, no entanto, a posição de Pontes de Miranda, com relação ao art. 677, aos casos dos incisos IX e X do art. 676.³

Como se vê, nos termos da legislação anterior, apesar de certa divergência na doutrina, entendia-se aplicável tal dispositivo a todas as cautelares, exceção feita às cautelares referentes à segurança da prova.

Fato que merece ser assinalado, é o de que, no C.P.C. de 1.939, considerava-se a ação proposta somente com a citação do réu, consoante disposição do art. 292 do citado diploma legal⁴.

Após estas disposições, o C.P.C. de 1.973, evoluiu no tratamento da questão, como se verá a seguir.

3. DIREITO COMPARADO

Com relação a esse prazo de caducidade das medidas cautelares, no direito comparado encontramos disposições análogas.

No direito alemão, o § 926 da ZPO dispõe:

“§ 926 - Se a causa principal ainda não pende, o juiz do arresto, a pedido e sem discussão oral, fixará um prazo dentro do qual ela será proposta.

Findo, sem utilização, êsse prazo, o juiz, a pedido, em sentença, mandará levantar o arresto.”⁵

Também no direito italiano, temos texto semelhante, nos arts. 683, combinado com o art. 680 e, com relação aos provimentos de urgência (cautelares inominadas), o art. 702. Eles rezam:

“683. Inefficacia del sequestro - il sequestro perde la sua efficacia se il sequestrante non osserva le disposizioni degli articoli 680° e 681... ”

702. Procedimento (...)

Nel pronunciare il provvedimento il pretore deve in ogni caso fissare un termine perentorio entro il quale l'istante é tenuto a iniziare il giudizio mérito diálogo cui all'articolo 700.”

No direito argentino, o art. 207 do C.P.C. Federal, fixa um prazo de 10 dias para a propositura da ação satisfativa.

Na mesma linha as disposições do C.P.C. português, em seu art. 382, 1, "a", que prevê:

"382º (Casos de caducidade das providências)

1. As providências cautelares ficam sem efeito:

a) Se o requerente não propuser a ação, de que forem dependência, dentro de trinta dias, ..."

Destarte, como se vê, no direito alienígena, esta caducidade da medida também está fixada.

A justificativa de todos os ordenamentos a estas disposições se prende ao fato de que a medida cautelar não pode perdurar eternamente. O que fica evidente, ante a característica eminentemente instrumental e provisória desta tutela, que se presta a garantir outra, de natureza satisfativa.

4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DISPOSTO O ART. 806 DO CPC

O art. 808, I do C.P.C. comina a pena de perda de eficácia da medida cautelar, caso a ação satisfativa não seja ajuizada no prazo do art. 806.

A questão, que se põe, é sobre a natureza deste prazo do art. 806; seria ele prazo processual, decadencial ou prescricional?

A doutrina se divide.

Willard de Castro Villar⁷ e Galeno Lacerda⁸ afirmam que o prazo citado é decadencial.

Contudo, se posicionam no sentido de ser o prazo processual, Candido Rangel Dinamarco⁹, Lopes da Costa¹⁰, Ovídio A. B. da Silva¹¹ e Humberto Theodoro Jr.¹².

Realmente, concordamos com estes últimos doutrinadores.

A colocação de que o prazo do art. 806 é decadencial, para nós, falece de fundamento jurídico, sendo uma contradição com a própria natureza desse instituto de direito material e com o direito que embasa a pretensão cautelar (para nós um direito processual, pois não admitimos o direito substancial de cautela).

A decadência, bem como a prescrição, são institutos de direito material, que neste âmbito se realizam; sendo que, no entanto, se revelam, ou melhor, são aferidos apenas no campo do processo.

A decadência é a perda do direito subjetivo potestativo, ou seja, do direito tendente à modificação de estado jurídico existente; direito este que independe de outrem para sua realização¹³. Assim, com a decadência, fulminado estará o fundamento da pretensão processual, ou seja, o fundamento que embasa a ação.

Da mesma forma, a prescrição fulmina, tendo em vista o decurso do tempo, o direito a uma prestação (no dizer de Chiovenda, a obtenção de um bem da vida), prestação esta que depende da atuação positiva ou negativa de outrem.

Logo, a prescrição também fulmina o fundamento da pretensão processual.

Por isso, em termos de ação cautelar e ação satisfativa, só se pode falar em prescrição e decadência do direito acautelando, e nunca da ação cautelar em si.

Note-se que a prescrição e a decadência na medida em que implicam a perda do fundamento da pretensão, ou seja, do direito subjetivo embasador do exercício da ação, se aproximam do instituto processual da preclusão, que consiste em, dentro do processo, ocorrer a perda da Faculdade de praticar determinado ato¹⁴.

No caso do prazo do art. 806, com a conseqüente perda da eficácia, nenhuma faculdade ou direito subjetivo é afetado, tendo em vista que o ato (requerimento da medida cautelar) já foi praticado, acolhido e executado.

Não se pode admitir a existência de decadência, prescrição ou preclusão que se contasse a "posteriori", ou seja, depois de proposta a ação (com termo inicial na execução da medida), produzindo efeitos retroativos (fulminando a medida já postulada e obtida).

Ademais, a perda da eficácia da cautelar, por força do art. 808, I do C.P.C., não impede e nem poderia impedir a propositura da ação principal.

Outro fato que deixa claro que o prazo do art. 806 não se trata de prescrição ou decadência, é seu caráter estritamente

processual, que se manifesta dentro da ação cautelar, só produzindo efeitos no bojo deste.

Desse modo, concordamos com os processualistas já citados, que afirmam que o prazo do art. 806 é estritamente processual.

Humberto Theodoro Jr., com efeito, coloca:

"Esse prazo, de acordo com o art. 806, é de trinta dias, e tem caráter fatal ou peremptório, o que quer dizer que se mostra improrrogável

(...)

É preciso não confundir a decadência, como figura de direito material, com a preclusão ou peremptoriedade, figura de direito processual."¹⁵

Conceituamos o dito prazo como um prazo processual peremptório¹⁶ de caducidade. Logo, a eficácia da medida cautelar fica sujeita à condição resolutiva negativa a termo (a não propositura da ação satisfativa, dentro dos trinta dias, implicará a resolução da eficácia da medida cautelar).

O referido prazo é de caducidade, pois preclusivo não pode ser considerado, visto que a eficácia da medida já está se manifestando, e a ocorrência da condição resolutiva negativa é que implicará a perda da eficácia, que já existe. Tal situação obviamente não ocorre com a preclusão (mesmo em suas modalidades lógica e consumativa).

Em suma, o conceito e a natureza jurídica do contido no art. 806 do C.P.C., é de um prazo processual peremptório de caducidade, que se conta a partir da efetivação da medida.

Note-se que, sendo tal prazo processual e peremptório, ele como tal deve ser contado, ou seja, não podem as partes dispor ou convencionar prazo diverso. Além disso, o prazo do art. 806 se prorroga ao primeiro dia útil subsequente ao seu vencimento, caso este se dê em feriado ou final de semana.

Consideramos, no entanto, que tal prazo flui no curso das férias forenses. Na nossa opinião, as ações cautelares devem correr normalmente durante as férias, ante sua natureza acautelatória (atuação mediante situações de urgência) e sumária.

Logo, mesmo que a ação principal não corra durante as férias, deve ser ela ajuizada nesse período, pois o prazo do art. 806 está ligado à ação cautelar, bem como à permanência de sua eficácia.

Por fim, cumpre assinalar, que basta a distribuição ou despacho inicial da ação satisfativa, para que se a considere proposta, nos termos do art. 263 do C.P.C

5. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ART. 808, I DO C.P.C.

Conforme já mencionamos anteriormente, a perda ou o decurso do prazo do art. 806, sem o ajuizamento da ação principal, causa a perda da eficácia da medida cautelar.

A justificativa do instituto é a provisoriedade da medida cautelar, pois esta não pode perdurar a constranger o requerido, até quando convier ao autor.

O art. 808, I, encerra uma sanção, ante a inércia do requerente.

Dois aspectos importantes não de ser colocados com relação ao art. 808.

O primeiro deles é o ligado à cessação da eficácia, se esta depende ou não de declaração judicial ou se bastaria a ocorrência das hipóteses elencadas no art. 808.

Apesar de existir decisões em sentido contrário (RT 577/150), entendemos como Pontes de Miranda¹⁷, Humberto Theodoro Jr.¹⁸ e Ovídio B. da Silva¹⁹, segundo os quais, a cessação da eficácia da medida se dá "ipso iure", ocorrendo independentemente de declaração judicial, especialmente no caso do inciso I. Se houver decisão judicial com relação à cessação da eficácia, ela será meramente declaratória.

A segunda questão a ser abordada, ainda referente ao art. 808, é se a cessação da eficácia da medida implica a extinção do processo cautelar.

Há duas correntes a respeito.

A primeira sustenta que o processo cautelar prossegue, e que a cautela pode ser concedida novamente ao final. Tal posição

se fundamenta no sentido de que o art.808 I, na verdade, encerra uma sanção, o que não afastaria a possibilidade de existir o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris", devendo prosseguir o processo cautelar. Assim o Art.808 aplicar-se-ia intraprocessualmente. Nesse sentido: RT 607/102, JTACivSP-LEX 87/137 e JTACivSP-RT 106/196 - maioria.

O escopo do parágrafo único do art.808, para essa posição, seria o de impedir que a parte, em tendo cessado a eficácia da medida, desista da ação cautelar e ajuíze outra idêntica, para a obtenção de nova cautela liminar.

A segunda posição defende quem, cessada a eficácia da cautelar, extinguir-se-á o processo cautelar, que só poderá ser ajuizado "novamente"²⁰ por outro fundamento (art.808, § único).

Não há, como coloca o Prof. Donaldo Armelin, condições para a apreciação do mérito da ação cautelar. No caso do inciso I, apesar da possibilidade da existência do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora", há a falta de interesse de agir do requerente, que, por inércia, não intenta a ação a ser garantida pela cautelar.

Como é cediço, o processo cautelar se liga ao satisfativo por um nexo de finalidade, ou seja, a parte intenta a ação cautelar para garantir o resultado útil ou o desenvolvimento válido da tutela satisfativa. Ora, se esta não existe ou não se inicia no prazo fixado pela lei, o processo cautelar perde o seu horizonte, sua finalidade, sua razão de ser, desaparecendo o interesse processual da parte; não há o que garantir ou acautelar.

Vai da consequência deve ser o processo cautelar extinto.

Seguindo esta linha de raciocínio, os acórdãos das RT 610/171, JTACivSP-LEX 61/17, 63/61, 85/121, 95/153.

Esta última posição nos parece mais acertada. A adoção posição traz problemas insuperáveis: se a cautelar fosse concedida ao final, novamente, teria o requerente, que já foi inerte uma vez, novo prazo de 30 dias para o propor ação principal?

A resposta afirmativa a esta questão, na nossa opinião, não se harmoniza com os princípios da tutela jurisdicional cautelar (a instrumentalidade, deixa de existir ante o inciso I, do Art.808). Realmente, para nós, a inércia do autor traz a falta de interesse de agir,

devendo a cautelar ser extinta sem julgamento de mérito, incidindo de qualquer forma, na espécie, o parágrafo único do do art.808.

Ainda com relação ao art.808, convém analisar seu parágrafo único.

Segundo tal dispositivo, cessada a eficácia da medida cautelar, vedada estará sua "repropositura", a não ser por outro fundamento.

Para nós, este parágrafo único é extremamente amplo e abrange, inclusive, o instituto da coisa julgada material, sob certo aspecto. Isto porque, além de ser impossível a repropositura da ação cautelar, se ela for julgada improcedente (cassando-se, e a liminar), também se a medida cautelar foi cassada por decisão sem apreciação de mérito, empecida estará a repropositura da ação (casos elencados no art. 808

6. DA INCIDÊNCIA DOS, ARTS., 806 E 808, I DO C.P.C.

Questão problemática que se põe, é sobre a incidência do disposto no art. 806 do C.P.C., em face do art. 808, I. Aplicar-se-ia a obrigatoriedade da propositura da ação satisfativa nos 30 dias previstos a todas as cautelares? E, em caso positivo, também teria aplicação a sanção do art. 808, I?

Parece que a resposta que se impõe à primeira questão é negativa.

Obviamente, as cautelares que se exaurem desde logo com a sua execução, isto é, não perduram no tempo e são dotadas de imediatidade, não possibilitam este tipo de exigência e tampouco poder-se-ia cogitar da aplicação do art. 808, I do C.P.C..

Assim, podemos afirmar que o art. 806 aplica-se às cautelares constritivas, que têm execução diferida (prolongada, projetada) no tempo. Tal fato se dá, tendo em vista a extensão da execução destas medidas e a própria finalidade/justificativa da existência do art. 806, qual seja, a de que a constrição cautelar (de caráter provisório) não se eternize²¹ (na jurisprudência RT 604/158 e 482/273).

É certo que o prazo passa a fluir a partir da efetivação da medida, seja concedida liminarmente ou ao final (cf. RT 503/141,

506/132, 608/66, 624/191 e RJTJESP 89/198); se várias forem as constrictões, o prazo começa a correr da primeira (cf. RT 578/145 e RJTJESP 112/233).

Para as cautelares não constrictivas, que se exaurem ao ser executadas, não tem sentido a aplicação da perda da eficácia, tendo em vista a finalidade desta sanção. Na nossa opinião, seria ilógico e antijurídico que, por exemplo, uma prova produzida em ação cautelar (ex.: ação cautelar de produção antecipada de prova), fosse reputada inválida ou ineficaz, pela não propositura da ação satisfativa no prazo do art. 806. Até porque, com relação a estas cautelares de segurança quanto à prova, podem elas assumir a feição da eventualidade.

7. CONCLUSÕES

a) O art. 806 do C.P.C. retrata prazo processual peremptório de caducidade, e refere-se ao processo cautelar, dentro deste ocorre e produz efeitos.

b) A eficácia das medidas cautelares, tendo em vista 08 arts. 806 e 808, I do C.P.C., fica sujeita à condição resolutiva negativa.

c) O escopo deste prazo é evitar que a tutela jurisdicional cautelar, prestada antecipadamente se eternize, o que seria incompatível com a sua provisoriedade e instrumentalidade.

d) O termo inicial para o cômputo do prazo é o da efetivação da medida, com a devida intimação do requerente.

e) Para a contagem do prazo de 30 dias, aplicam-se as normas constantes do C.P.C. para a contagem dos prazos processuais.

f) Corre o prazo de 30 dias durante as férias forenses, tendo em vista que a ação cautelar não deve ter o curso de seus prazos suspenso durante as férias.

g) Considera-se proposta a ação satisfativa, para os fins do art. 806 e 808, I do C.P.C., com a simples distribuição ou despacho inicial (art. 263).

h) Aplica-se o art. 806 e 808, I, somente às cautelares constrictivas.

i) A cessação da eficácia da medida cautelar do art. 808, I, tem caráter de sanção, ante a inércia da parte, sendo medida necessária, ante o colocado nas letras "h" e "e".

j) A aplicação dos arts. 806 e 808, I, implica a extinção do processo cautelar por falta de interesse processual do requerente.

NOTAS

1 - Cf. Ovídio A. B. da Silva, em seus "Comentários ao C.P.C. - Do Processo Cautelar", vol. XI, pág. 221.

2 - in "Medida Preventivas", pág. 58.

3 - Cf. "Comentários ao C.P.C." (de 1939), vol. IV, pág. 92.

4 - o art. 292 do C.P.C. de 1939 reza: "Art. 292. Feita a citação do réu, considerar-se-á proposta a ação..."

5 - tradução de Lopes da Costa, in "Medidas Preventivas", pág. 193.

6 - o art. 680 do C.P.C. italiano fixa o prazo para propositura da ação satisfativa, a qual o seqüestro é antecedente.

7 - Cf. "Ação Cautelar Inominada", pág. 164.

8 - Cf. "Comentários ao C.P.C.", vol. VIII, tomo I, pág. 382.

9 - Cf. "A Instrumentalidade do Processo", pág. 373.

10 - Cf. "Medidas Preventivas", pág. 54.

11 - Cf. "Comentários ao C.P.C. - Do Processo Cautelar", vol. XI, pág. 228.

12 - Cf. "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, pág. 1177.

13 - Neste sentido, o estudo iniciado por Chiovenda, para uma moderna e científica conceituação da prescrição e da decadência (vide "Instituições de Direito Processual Civil", vol. 1º pág. 14 e segs. e também, de Yussef Said Cahali, "Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência", págs. 20 e seguintes).

14 - Neste sentido, a lição de Chiovenda, in "Instituições de Direito Processual Civil", vol. 1º, pág. 372: "A preclusão é um instituto geral com freqüentes aplicações no processo e consistente na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados na lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo."

15 - in "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, págs. 1176/1177.

16 - Prazos peremptórios são aqueles nos quais os atos a que se referem têm que ser praticados dentro de seus transcurso.

17 - Cf. "Comentários ao C.P.C.", tomo XII, pág. 81/93.

18 - Cf. "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, pág. 1177.

19 - Cf. "Comentários ao C.P.C. - Do Processo Cautelar", vol. XI, pág. 229.

20 - Se há outro fundamento, a rigor, não se pode falar em "repropositura" de ação, ou novo ajuizamento da mesma ação, pois, em verdade, haverá uma nova ação.

21 - Neste sentido, vide: Galeno Lacerda (Cf. "Comentários ao C.P.C.", vol. VIII, tomo I, pág. 371), Humberto Theodoro Jr. (Cf. "Curso de D. Processual Civil", vol. II, pág. 1177) e Cândido Dinamarco (Cf. "A Instrumentalidade do processo", págs. 373/374).

8. BIBLIOGRAFIA

- ARMELIN, Donaldo; artigo "A Tutela Jurisdicional Cautelar", in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 23, pág. 111, São Paulo, 1.985.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de; "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.985.
- _____ ; "Código de Processo Civil Comentado", vols. 2 e 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.976.
- _____ ; "Manual de Direito Processual Civil", vols. I e II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1.986.
- _____ ; "Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento", vol. I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.972.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de; PINTO, Nelson Luis "Processo Cautelar - Repertório de Doutrina e Jurisprudência", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.991.
- BAUR, Fritz; "Tutela Jurídica mediante Medidas Cautelares", Sérgio k Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.985.
- CAHALI, Yussef Said; "Aspectos Processuais da Prescrição e da Decadência", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.979. CALAMANDREI, Piero; "Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari", CEDAM, Padova, 1.936.
- _____ ; "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares", (tradução em espanhol), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.945.
- CHIOVENDA, Giuseppe; "Instituições de Direito Processual Civil", vol. I, Editora Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1.965.
- _____ ; "Principios de Derecho Procesal Civil", tomo I, Editorial REUS S/A, Madrid, 1.977.
- COSTA, Lopes da; "Medidas Preventivas", Livraria Bernardo Alvares Editora, Belo Horizonte, 2ª edição, 1.958.
- COSTA, Sérgio; "Manuale di Direito Processuale Civile", UTET, Turim, 5ª edição, 1.980.

- DINAMARCO, Candido Rangel; artigo "Intervenção de Terceiro em Processo Cautelar", publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, nº 92, pág. 08, Editora Lex, São Paulo, 1.985.
- _____ ; "A Instrumentalidade do Processo", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.987.
- _____ ; "Fundamentos do Processo Civil Moderno", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1.987.
- LACERDA, Galeno; artigo "Processo Cautelar", publicado na Revista Forense nº 246, pág. 151, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1.974.
- _____ ; "Comentário ao Código de Processo Civil", vol. VIII, tomo I, Editora Forense, Rio-São Paulo, 1.980.
- _____ ; "Processo Cautelar", conferência publicada na Revista de Processo nº 44, pág. 186, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.986.
- MARQUES, José Frederico; "Manual de Direito Processual Civil", vol. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1.976.
- MIRANDA, Pontes de; "Comentários ao Código de Processo Civil" (1.939), vols. III e IV, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1.949.
- _____ ; "Comentários ao Código de Processo Civil" (1.973), tomos XII e XIV, Editora Forense, Rio-São Paulo, 1.976.
- _____ ; "Tratado das Ações", tomos I e VI, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.976.
- SILVA, Ovidio A. Baptista da; "As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil", Editora Forense, Rio-São Paulo, 3ª edição, 1.980.
- _____ ; "Comentários ao Código de Processo Civil - Do Processo Cautelar", vol. XI, Letras Jurídicas Editora, Porto Alegre, 2ª edição, 1.986.
- THEODORO Jr., Humberto; "Curso de Direito Processual Civil", vol. II, Editora Forense, Rio-São Paulo, 1ª edição, 1.985.
- VILLAR, Willard de Castro; "Ação Cautelar Inominada", Editora Forense, Rio-São Paulo, 1ª edição, 1.986.

A CRISE BRASILEIRA E PERSPECTIVAS DO ENSINO JURÍDICO *

Aurélio Wander BASTOS

Professor da escola de Ciências Jurídicas
da Universidade do Rio de Janeiro (UniRio)

O Estado Brasileiro está imerso na mais profunda crise de sua história moderna. Os Poderes Políticos entre si desarticulados estão absolutamente impedidos de traduzirem as expectativas da sociedade civil e viabilizarem a sua própria recuperação institucional. O Poder Executivo está abalado, e a administração Pública sem condições de restaurar a sua própria funcionalidade, comprometendo a dignidade e independência do servidor público e seus dirigentes centrais. O Poder Legislativo está ameaçado de naufragar com suas próprias elites atoladas numa rede comprometedora de conluios e negociações e o Poder Judiciário está cerceado no alcance de suas decisões, pelo vertiginoso crescimento das ações provocadas pela intensificação da crise social, permeada pelo aumento longitudinal da criminalidade. O Ministério Público, no espaço de suas novas competências constitucionais, não encontra ressonância política suficiente para provocar mudanças sociais juridicamente possíveis.

Por essas razões, torna-se imprescindível, e verdadeiro dever de participação cívica, especialmente da consciência jurídica nacional, contribuir para a revitalização do Estado Brasileiro,

(*) Conferência inaugural (revista) proferida no XXI Encontro de Faculdades de Direito em Teresina, Piauí, entre 1 e 3.12.1993 e contribuição da Escola de Ciências Jurídicas da UniRio para o Seminário Nacional dos Cursos Jurídicos, realizado em Brasília entre 6 e 7.12.1993. MEC. Sesu.

incentivando, por um lado, a retomada das discussões críticas sobre as instituições, e a transmissão do conhecimento jurídico oficial, por outro lado mudanças no sistema de representação política, como única e exclusiva forma de recuperar a legitimidade da representatividade ameaçada.

Nesse mesmo contexto, os poderes públicos não podem continuar inertes frente ao crescimento avassalador da miséria e da perda da qualidade educacional, tornando-se inevitável que as entidades organizadas e a consciência cívica de todo o país exijam imediatas reformas da estrutura da administração do Estado, sintonizando a sua interna com o texto constitucional e, no que for imprescindível, para a sobrevivência da Democracia, a reforma do próprio texto constitucional, para aperfeiçoar os seus avanços inacabados, sintonizando a relação do Poder Executivo com o Poder Legislativo e, destes, com a sociedade, inviabilizando as rupturas institucionais, garantindo ao Poder Judiciário e a todas as vertentes institucionais que contribuem para seu funcionamento, plenas condições para absorver as esperanças sociais consolidadas. (Ver o nosso ensaio sobre Von Ihering, cem anos da Luta pelo Direito, in revista *Suquência* nº UFSC, 1993, p.33 e segs). A sociedade brasileira, assim como o Estado e a ordem jurídica precisam passar por uma verdadeira revolução das práticas políticas e jurídicas, dos costumes e das esperanças, para associá-la ao conceito de Direito Subjetivo em Von Ihering. (Ver o nosso ensaio sobre Von Ihering, cem anos da Luta pelo Direito, in *Revista Sequência* nº UFSC, 1993, p. 33 e segs.). Uma revolução que nasça, advenha da ordem constitucional para resguardar a própria ordem constitucional.

O papel dos cursos jurídicos e das Faculdades de Direito nesta profunda mudança endógena é decisivo. É o ensino jurídico que constrói a consciência da ordem, mas também é nas Faculdades de Direito que se constrói a inteligência da ordem. Para se resguardar a ordem é preciso que se estude a desorde, como forma possível de funcionalizá-la, sem o que ela se transforma em agente de pressão exógena, inalcançável pelas instituições, principalmente quando as instituições estão em processo de desagregação ou

reavaliação. Neste momento os cursos de Direito devem, não apenas incentivar a consciência do aprendizado jurídico, mas, muito especialmente, a inteligência do conhecimento jurídico, como forma pedagógica possível de mudá-lo para alcançar os objetivos socialmente postos sem sobressaltos e rupturas com as normas postas. É tormentoso, mas imprescindível que os estudantes de Direito e advogados adaptem-se à cultura de transformação, libertando-se de Ajax, o mito transtornado e desajustado de Sófocles, apegado à cultura da conservação no desespero da mudança.

Organizar um Curso de Direito voltado para a mudança social, de certa forma, é ultrapassar os seus próprios limites e superar a sua vocação natural. No entanto, esta não deve ser uma preocupação de natureza curricular, exceto, complementarmente, mas uma preocupação de natureza metodológica. As disciplinas de Direito positivo podem e devem ser ensinadas; o que não se deve incentivar é o seu ensino discursivo, retórico e memorizativo. Os códigos não são para se decorar, mas para ser aprendidos como roteiro de reflexão sobre fatos conflitivos, como instrumento de percepção dos procedimentos e parâmetros de harmonização social, sem que se perca a experiência construtiva da jurisprudência, da doutrina e dos âmbitos conexos do conhecimento interdisciplinar.

Fundamentalmente, o ensino jurídico precisa tomar como referência pedagógica os problemas de efeitos judiciais num processo crescente de complexidade, de tal forma que na busca de soluções o professor ensina que as questões jurídicas não se resolvem numa dimensão exclusivamente substantiva, mas também processual, assim como a avaliação de um problema jurídico necessariamente, envolve por exemplo um mesmo contexto Direito Civil e Comercial ou Propriedade Industrial e Direito Administrativo, sendo a questão muito mais visível no âmbito do Direito novo. O ensino jurídico moderno, determina que o conhecimento jurídico é um fenômeno interconexo e não compartimentalizado.

É verdade que essa revolução metodológica tem profundos efeitos na organização não apenas das salas de aula, mas, muito especialmente, na própria estrutura disciplinarizada e

departamentalizada dos Cursos de Direito ou dos centros, mas não há outro caminho mais evidente para se retomar a importância formativa dos alunos de Direito. A superação do conhecimento compartimentalizado é uma evidência em todos os ramos do conhecimento e só os que não querem ver, os que insistem em manter feudos de ensino, não reconhecem essa nova verdade do ensino jurídico. Daí, as resistências à moderna pesquisa jurídica como método de ensino, pois, ela não apenas supera os compartimentos, pois que é de natureza metodológica, como também, gera resultados imprevisíveis nem sempre estigmatizados ou programados.

Ultimamente a volumosíssima quantidade de alunos de Direito mais tem servido para reverter índice da relação aluno-professor, principalmente nas Universidades Públicas, do que para provocar reflexões sobre a reversão do quadro quantitativo dos cursos de Direito e sobre a superação de suas dificuldades. Na verdade, em função de um insistente massacre sobre os cursos jurídicos, as universidades têm procurado sobreviver a qualidade de alguns cursos e a inviabilidade de outros.

Atualmente, tem o Brasil cerca de 187 cursos (33 em escolas públicas e 54 em particulares) de Direito, com um total médio de 77.500 alunos na graduação (e 3.000 na pós graduação) para um total médio de 3.900 professores, sendo que grande parte destes docentes (30%) atuam em escolas particulares e públicas. Essa situação permite-nos afirmar que a relação professor aluno de Direito no Brasil é em média de 20 Professores para cada aluno, o que se eleva para uma relação média de 30 professores por aluno, um índice abundantemente elevado se somarmos que a relação média professor-aluno no Brasil é de 7/8 alunos por professor, sendo que em muitos cursos esta relação cai até para 1 professor por 2 alunos, para não se aventar das situações aberrantes.

Os Professores que atuam nos cursos de Direito, principalmente devido à presença dominante do ensino privado, são predominantemente horistas 80% com dedicação parcialíssima à escola e aos alunos, sendo que apenas 4% desses, doutores, 10%, mestres e (80%) apenas graduados. Este quadro é que determina um ensino de natureza acentuadamente repetitivo e sem qualquer

vocação para a produção jurídica e com salas de aula superlotadas. Em tese, a reversão desse quadro é importante mas não adiantará nada se não houver uma reversão do modelo de ensino, mesmo porque assim como está o ensino do Direito não consegue nem ao menos ser um ensino prático, voltado para a formação "rabólica" do aluno. É um desconceito não apenas com relação ao ensino do Direito positivo, que é o que se pretendeu com a Resolução CFE/73, mas também, e evidente, com relação às novas exigências do mercado e da sociedade.

É claro que esse quadro turvo se deve à ausência total de acompanhamento do ensino jurídico privado, que tem o seu papel na sociedade brasileira, mas não deve contribuir para desvirtuar o papel do advogado na sociedade. Não apenas o MEC, mas a OAB e as entidades de representação corporativa, devem procurar reverter essa inclinação. O ensino jurídico está Privatizado no Brasil e é muito importante que o Estado e a sociedade acompanhem o seu crescimento e qualidade. A expansão do ensino privado no Brasil deveu-se principalmente ao descongestionamento de vagas para absorver excedentes (fenômeno que também ocorreu em outros cursos) de vestibulares entre os anos de 1965/72, mas ainda não se parou para refletir sobre essa política de expansão, tomando como base o novo mercado de trabalho a crise do modelo judiciário e a modernização tecnológica.

O Currículo aprovado pelo CFE em 1973 está intimamente associado a esse quadro, completado, é claro, pelo momento político brasileiro vigente à época, sem o que não se teria implantado. Era necessário um currículo enxuto para um quadro docente restrito e academicamente despreparado e, ao mesmo tempo, criar condições para absorção da massa de alunos que afluiria dos cursos secundários noturnos e da expressão do 2º grau, inclusive o Madureza, incentivados na primeira metade dos anos 60. O Prejuízo de formação foi evidente: os cursos expandiram-se e perderam a sua característica humanística essencial, ao mesmo tempo que os advogados foram deslocados da administração pública direta e da administração empresarial. (Ver nossa pesquisa os Advogados e as modernas Empresas FCRB RJ 1980 inédito -

300 páginas - Estudo realizado com apoio da FINEP), para não se referir a uma infinidade de atividades civis.

Atualmente, o maior número de cursos de Direito está no sudeste (85), com maior concentração em São Paulo (41), Rio Grande do Sul (22) e Rio de Janeiro (20), seguida da Região Sul, com 43 cursos. Os Estados do Piauí, Roraima, Acre e Tocantins possuem apenas uma escola de Direito e são escolas públicas.

No que se refere aos vestibulandos atualmente as Escolas Federais têm oferecido cerca de 4.000 vagas, as estaduais 1.600 vagas, as Municipais 1.800 vagas e as escolas privadas 29.000 vagas, num total médio de 37.400 vagas, numa correlação de 17 candidatos por vaga de escola federal, 16 por vaga de escola estadual e 6 por vaga de escola municipal e também 6 por vaga de escola privada. Não há como não se identificar que o fenômeno da escola privada permeia todo o sistema de ensino jurídico, exigindo a transformação do seu acompanhamento como especial forma de se obter a transformação de sua qualidade.

Esse quadro de expectativas e de dificuldades quantitativas visíveis permite-nos diagnosticar as linhas gerais de ruptura do ensino jurídico e identificar os paradigmas de suas novas perspectivas. Este diagnóstico geral nos permite concentrar nossas preocupações em 4 crises setoriais entre si conexas e que combinadamente determinam a situação dos cursos jurídicos e indicam as áreas de atuação para solução e superação dos problemas.

A - A CRISE DE ORGANIZAÇÃO

Com a promulgação de Reforma Universitária em 1968, e com a subsequente Resolução do CFE/73, os cursos de Direito passaram a sofrer o mais terrível constrangimento organizativo de sua história. De Faculdades influentes e decisivas na vida pública brasileira ficaram reduzidas a simples Departamentos nos Centros de Ciências Sociais ou Humanas. A medida em si teria mero efeito burocrático se, na verdade, ela não tivesse representado, por um

lado a submissão da vocação jurídica e democrática dos cursos jurídicos a um modelo autoritário e centralizado de ensino e, por outro lado, se ela não tivesse reduzido os cursos de Direito a simples departamentos inibindo a referência normativa de seu objetivo à referência normativa de seu objeto à referência do seu objeto como fato social.

Esta submissão epistemológica se, aparentemente, não tem qualquer importância, reduziu a grandeza de seu objeto e amesquinhou não apenas os estudos sobre as relações da norma com o fato social, mas, também, da norma em si, como objeto do conhecimento jurídico. As faculdades que resistiram não se integraram ao novo plano de desenvolvimento da universidade com efeitos seríssimos na sua própria evolução, a tal ponto que muitas faculdades se perderam no contexto da universidade e abriram, espaços para o ensino privado, muitas vezes desqualificado e o professor de Direito ficou ameaçado no seu "status" docente e social.

As Faculdades de Direito, em função das estruturas de carreira acadêmica, fixadas pelas Universidades, que, em tese, atendem as outras áreas de conhecimento, para os cursos jurídicos, representam limitações enormes e os Departamentos (ex-faculdades) perderam a possibilidade de absorverem ou continuarem contando com a contribuição de magistrados, membros do Ministério Público e advogados de experiência na preparação de seus alunos.

Os cursos de Direito, nesse contexto, não precisam ser isolados da estrutura universitária, muito ao contrário têm que estar a ele integradas, mas precisam readquirir o seu espaço funcional como Centro de Ensino, especialmente para reguardar as tradições normativas do ensino jurídico brasileiro, não se submetendo à vocação natural de outros cursos, e encontrar o seu espaço de convivência interdisciplinar.

B) A CRISE DA MASSIFICAÇÃO

As salas de aulas estão entupidas de alunos, muitas vezes despreparados, fustigados nas suas inquietações, o que tem determinado a desqualificação e rebaixamento do nível de ensino.

O espaço de aula precisa se transformar num espaço de esperanças deixando de ser um espaço de desilusões. Tornou-se inevitável, para se conciliar o afluxo de alunos e a divulgação do saber, a imediata absorção de novas tecnologias de ensino, principalmente o uso de vídeo textos, conferências, computadores, os recursos telemáticos e teleinformáticos. A retórica discursiva na sociedade atual é uma comunicação sem percussão. O incentivo a programas especiais combinando técnicas áudio visuais - como o cinema e o vídeo jurídico transformaram-se em pré-requisitos do aprendizado e do ensino jurídico. A nossa didática evolui para uma escola que gera e produz o saber que pode também ser absorvido à distância

C) A CRISE DA DIDÁTICA (dos métodos de ensinar)

Com as salas de aulas superlotadas, o professor sucumbe e se sobrepõe à transmissão do saber a prática de códigos, desvinculados da vida e do cotidiano dos problemas da vida. Rui Barbosa afirmava, na sua lucidez prospectiva: "o nosso método de ensino é um método de não aprender". De que vale o Direito sem a vida? É necessário que se identifique como se deve ensinar numa sociedade em mudança, se estamos cercados a curto prazo pela própria massificação. O conhecimento transmissível exige sempre uma forma de fazê-lo.

Por isto a Didática do Ensino Jurídico deve ser uma disciplina obrigatória dos Mestrados e Doutorados, assim como o é a exigência da tese. Na verdade a DEJ não é propriamente uma Didática do Ensino Superior, embora lhe seja fundamental. A DEJ tem situações especialíssimas e implica conhecimentos práticos e direcionados que, muitas vezes, faltam, na DES, especialmente no que se refere à Pesquisa Jurídica como método de ensino-aprendizado. O Fórum, as instâncias judiciárias e judiciais, transformaram-se em ambiente natural da formação do advogado. O saber jurídico é um saber de experiência feita, é um saber também prático. O conhecimento jurídico não promana dos mitos, mas da

produção jurídica que se deve desenvolver a partir do estudo de problemas, do conhecimento comparado e da verificação empírica e documental. Daí a importância da Pesquisa Jurídica não apenas como atividade de elite, mas como prática de aulas. O saber jurídico não pode ser apenas reprodução, mas produção criativa. A pesquisa é o instrumento de aproximação do aluno com sua própria realidade social, judicial, jurisprudencial e bibliográfica.

C) A CRISE DO CONTEÚDO CURRICULAR

Os alunos não devem apenas aprender os códigos, mas principalmente a pensar os códigos, tendo em vista a compreensão dos fatos sociais. Pensar os códigos abre para o conteúdo dos currículos jurídicos uma verdadeira revolução, não apenas didática, mas de perspectivas. Não se pensa apenas com os recursos dogmáticos, mas, muito especialmente, e também, com os recursos interdisciplinares. Daí a importância da autonomia organizativa dos Cursos de Direitos, para que seu objeto não se perca, não se confunda com os fatos ou outros ramos do conhecimento, mas desenvolva também a partir deles. A dogmática oferece recursos de profundidade, mas não é suficiente para oferecer recursos de extensão. Esta é a forma possível de construirmos currículos que permitam a convivência harmônica da formação humanística e propedêutica com a formação técnico-positiva. O Positivismo enquanto Direito Posto é uma concretização da teoria do Direito, parâmetro do seu próprio objeto.

O grande problema da sociedade brasileira de hoje é encontrar as formas que permitam que o conhecimento jurídico perpassa o conhecimento todo e, ao mesmo tempo, permita-se perpassar e, nos parece, que a criação dos Centros de Ciências Jurídicas nas Universidades seria um passo preliminar. Abrir para as novas dimensões do conhecimento significa sobreviver. Razão pela qual o ensino interdisciplinar é um ponto referencial para a renovação do ensino jurídico, assim como a abertura para as disciplinas especializadas, voltadas para o desenvolvimento, são

meios para aproximar o advogado das novas tendências da sociedade tecnológica.

Nas faculdades de Direito os professores de Direito devem ensinar um Direito prospectivo, comprometido com a mudança e com o progresso, libertando o Direito Processual da redução burocrática, o Direito Substantivo do ideologismo conservador e o Poder Judiciário dos amálgamas de seu próprio fracasso. O Direito prospectivo é a Teoria do Direito do desenvolvimento e da Democracia. Por outro lado, os Professores de Direito não podem assistir atônitos a invasão do espaço acadêmico pelas corporações profissionais. Não é papel das corporações ensinar, nem muito menos se transformarem em cursinhos para vestibulandos de exame de ordem. O que cabe é a fiscalização ostensiva da qualidade do ensino jurídico e dos estágios de prática forense, exames de ordem sérios que viabilizem o cumprimento do papel social do advogado, priorizando a capacidade para a solução de problemas, sem desprezar o conhecimento. As escolas de Magistratura não devem caminhar para se consolidar com escolas de preparação de juízes, nem mestrado para alunos reprovados em concurso. As Escolas de Magistratura e do Magistério Público, da mesma forma, não podem ser cursos preparatórios, mas centros de excelência de ensino e pesquisa aplicada, centros produtores de conhecimento jurídico com base na sua própria geração e experiência. Núcleos centrais de sua própria produção. É preciso mudar esse rumo, compreensível como interesse estratégico, fortalecendo os cursos de Direito como centros de formação e preparação jurídica para vida e para os tribunais. Assim como as comissões do MEC, ou mesmo da OAB, de ensino jurídico, não podem ficar como comissões de notáveis, mas devem compor-se, também, das lideranças das associações engajadas na questão do ensino jurídico e das Faculdades de Direito.

PROVIDÊNCIAS

1. Imediata reformulação do currículo jurídico de 1973. Ele tem permitido a baixa qualidade do ensino jurídico e a expansão

desmesurada de escolas que não cumprem função social visível. (Sobre esta matéria ver o qualificado estudo de Álvaro Melo Filho: Por uma Revolução no Ensino Jurídico. SEPARATA. Revista Forense. Volume 322. RJ. 1993).

2. Criar os Centros de Ciências Jurídicas acabando com Departamentos que reduziram os cursos de Direito a compartimentos burocráticos das ciências sociais ou humanas. Em muitas escolas temos mais alunos nos Departamentos de Direito do que no conjunto todo de alunos de qualquer centro ou Instituto.

3. Rediscutir o sistema de mérito acadêmico em concursos públicos de magistério, incentivando uma política de absorção em condições acadêmicas compatíveis, de magistrados e membros do Ministério Público, assim como advogados de experiência e saber.

4. Incentivar programas de formação docente com vistas à fixação de pelo menos 10% dos professores com dedicação parcial na Escola. Muito especialmente as Faculdades precisam, através de mecanismos especiais, incentivar modelos alternativos de PG, inclusive retornando-se corajosamente a livre docência para professores com atividade contínua ou admitindo-se concursos especiais para titular e adjunto, sem o que, a curtíssimo prazo, as faculdades de Direito estarão entregues à inexperiência e à iniquidade, ao despreparo jurídico, servindo-se a desventuras acadêmicas.

Conseqüentemente, tomando como práticas estas poucas observações, admitimos que os Cursos de Direito venham, novamente, a contribuir para a formação de homens do Estado, para se construir o Estado brasileiro assim como para a formação de homens vinculados aos interesses da sociedade civil, para que se reconstrua o estado democrático brasileiro, com base no Direito e na liberdade.

ÉTICA E POLÍTICA EM RAUL RICOEUR

Constança Marcondes CÉSAR
(PUCCAMP/CNPq)

A questão ética perpassa toda a obra de Ricoeur, desde *Einitude et Culpabilité* onde são centrais os temas da falibilidade do homem, da culpa, a análise dos mitos do mal, até textos mais recentes, como *Soimême comme un autre*, nos quais a meditação sobre o si e as normas morais, a reflexão sobre a autonomia e os conflitos humanos, esboçam uma odontologia da alteridade e põem em primeiro plano as relações entre ética e política.

Em *Einitude et Culpabilité* Ricoeur analisa a vontade cativa, prisioneira da culpa, descrevendo as relações entre o voluntário e o involuntário. Estudando os mitos da queda e do exílio, Ricoeur aborda a vontade submetida ao involuntário, expondo a fragilidade humana e o desejo de transcendências, a tensão permanente entre a finitude da nossa condição e a sua possibilidade de abrir-se ao infinito. A reflexão sobre os mitos do mal visa levar o homem a tomar consciência de si de modo mais pleno, possibilitando a libertação do temor e da angústia. A interrogação sobre nós mesmos conduz-nos à suspeita a respeito do *cógito* imediato. *De l'interprétation, Le conflit* desafio *interprétations* são as obras mais importantes em que nosso filósofo expõe a crise da noção de consciência resumida por ele em dois pontos: há uma certeza da consciência imediata, mas tal certeza não conduz a um verdadeiro saber a respeito de nós mesmos. Marx, Nietzsche e Freud assinalaram de modos diversos essa ruptura da certeza imediata do *cógito*. Essa ruptura faz com que a reflexão sobre si

remeta a um irrefletido, ao mundo pré-reflexivo, que Husserl e Merleau-Ponty tematizaram, e mostra a consciência como tarefa, para um ser que está ligado aos fatores de repetição e repressão que sua finitude representa. Mais uma vez, os mitos e a linguagem simbólica oferecem uma via de transcendência: analisando o mito de Édipo, Ricoeur mostra que os símbolos repetem a nossa infância, mas também exploram nossa vida adulta; são recordações de nosso passado e prospecção de nosso futuro. A arqueologia de reflexão mostra o descentramento da consciência atual enquanto lugar e origem do sentido; e expõe também o caráter prospectivo do conhecimento da verdade, a respeito de si e do mundo. A consciência não é origem, mas tarefa. Os mitos, a literatura, a poesia e o sonho são vias de acesso a um ser-mais. A consciência deve prender a ser capaz do outro, do inconsciente.

O momento histórico em que surge tal descentração da consciência é o momento, segundo Ricoeur, do esquecimento das hierofanias, da perda do sentido do sagrado, na civilização técnica. Mas é também o momento da busca da restauração de uma plenitude da linguagem, de um acesso mais profundo ao Ser; é o momento da crítica das ilusões, da radical demitização, mas também e da busca de um novo contato com o sagrado, para além do esquecimento do Ser. Esta reflexão é a apropriação de nosso esforço para existir e de nosso desejo de ser, através de obras que atestem esse esforço e este desejo." (*Le conflit des interprétations*, p. 277). O filósofo não pode contentar-se em justa por desmitologização proposta pela fenomenologia da religião e a filosofia hermenêutica, que pensa a partir do símbolo, fazendo o homem se compreender pelo sagrado, numa radical despossessão de si mesmo. O filósofo deve buscar a articulação dessas problemáticas; e Ricoeur encontra o eixo desta articulação na meditação sobre a questão originária da ética, "cujo horizonte foi apenas destacado pela destruição das falsas transcendências (*Le Conflit des Interprétations*, p. 286).

Assim, nosso autor entende que "o originário ético reside na articulação dos nossos dois movimentos de pensamento, da destruição mítica e da instrução simbólica (...)" e que a "Ética

é a apropriação de nosso esforço para existir em seu processo inteiro, da escravidão à beatitude" (id).

A questão ética, pois, se torna a investigação do significado fundamental do destino humano, pensando a partir dos símbolos e fazendo a crítica das ilusões.

O primeiro momento deste pensar pode ser visto como uma reflexão sobre a linguagem, já buscada em *La Symbolique du Mal*, em *De l'interprétation* e aprofundada no *La Métaphore Vive*. Neste texto, Ricoeur põe a questão da verdade metafórica, da redescrição poética do mundo, cuja implicação ética e metafísica é levada às últimas conseqüências em *Temps et Récit*. Enfocando obras literárias magistrais de Proust, Thomas Mann e Virgínia Wolf, o pensador francês redescobre a tensão entre a finitude do homem e a sua busca de transcendência, entre o tempo mortal e a eternidade. Mostra como a ficção recria o real por um *mythos* que atinge a sua essência, e amplia a consciência do leitor, introduzindo-o nas variações imaginativas do ego possibilitando, assim, a crítica de suas ilusões. A ficção, analogamente à história, põe em jogo a apreensão dos acontecimentos narrados, como uma totalidade significativa, refigura, deste modo, o tempo humano, ajudando a pensar juntos a eternidade e o tempo, e põe à luz as questões da verdade e da aprendizagem do amor e da morte.

A linguagem é o lugar privilegiado onde o homem investiga o sentido do destino humano, o lugar por excelência de meditação ética, cuja tarefa é levar-nos à descoberta de nós mesmos e ao questionamento de nossas relações com a transcendência.

Esta meditação sobre a linguagem é, primeiro, uma reflexão crítica a respeito do cogito, que expõe a crise do cogito cartesiano. Em *Le Conflit des Interprétations*, em *De l'Interprétation*, Ricoeur põe em dúvida a certeza imediata, o "eu" da clareza e da evidência, mostrando a emergência de uma subjetividade mais complexa, que exige uma decifração do sujeito, de natureza não apenas epistemológica, mas ética. Tal decifração implica num filosofar sobre a linguagem, sobre a ação, que coloque em primeiro plano o tema da identidade pessoal, abordada também em *Temps*

et Récit. A reflexão sobre o si mesmo leva Ricoeur a visar a perspectiva ética. A estima a si mesmo, o respeito a si mesmo consiste em "visar a vida boa, com e pelo outro em instituições justas (*Soimême comme un autre*, p. 202). A vida boa é a vida plena, a que cumpre na ação, seu fim último. Podemos estabelecer níveis de excelência, avaliar a ação por sua teleologia interna, por sua **phorronésis**; interpretá-la como um texto: "Primeiro, entre nosso visar à vida boa e nossas escolhas particulares esboça-se uma espécie de círculo hermenêutico, em virtude do vai e vem entre a idéia de vida boa e as decisões mais marcantes de nossa existência (...) Dá-se assim como um texto, no qual o todo e a parte compreendem-se um pelo outro" (*Soi-même comme un autre*, p.210).

"Visar à vida boa" Implica em visá-la com os outros; o outro é um mediador entre nós mesmos e o mundo. A ética da mutualidade, do ser-com, implica a estima de si mesmo e estima aos outros, simpatia e solicitude, a apreensão do caráter insubstituível da pessoa: a estima do outro como um si mesmo e de si mesmo como um outro.

A expressão social de vida ética envolve as noções de justiça e de igualdade, consolidadas em instituições. O poder em comum deve resultar da aceitação da pluralidade enquanto extensão das relações inter-humanas a todos.

A relação estreita entre ética e política aparece, pois, como a definição do justo e do injusto ao nível institucional, a distribuição eqüitativa dos papéis em sociedade. No plano ético-político, a igualdade está para a vida das instituições como a solicitude está para as relações interpessoais, na dimensão do face a face.

Na vida individual, a justiça se exprime como liberdade; na vida interpessoal, como respeito e na vida coletiva, é o querer-viver-junto, consolidado em normas.

Como expressá-la concretamente? Considerando os princípios da eqüidade, da cooperação entre os sujeitos.

"Visar à vida boa, com e para os outros, em instituições justas", é a intuição inicial da ética; esta intuição esbarra nas situações concretas de conflito, que expõem o trágico da ação.

É a partir da *Antígona*, de *Édipo-Rei*, que Ricoeur põe em jogo o caráter inelutável do conflito, na vida moral, e reflete sobre a dura aprendizagem de nós mesmos, através dos impasses entre "o homem e a mulher, a velhice e juventude, a sociedade e o indivíduo, os vivos e os mortos, os homens e o divino" (*Soi-même comme un autre*, p. 283), como se "pensar justo" fosse a réplica (...) [na tragédia], ao "sofrer o terrível" (id., p.287). Isto quer dizer que, quando os princípios morais são confrontados com a complexidade da vida, os conflitos são inevitáveis, exigindo o recurso à sabedoria prática, e o exame das relações conflituais no plano das instituições, da liberdade e da pluralidade das pessoas. A diversidade das contribuições individuais ou coletivas põe em questão a existência de enferas de justiça e da competição de interesse, fazendo surgir a sociedade política.

É a partir desta reflexão que Ricoeur define a democracia como um "regime no qual os conflitos são abertos e negociáveis, segundo regras de arbitragem conhecidas" (*Soi-même comme un autre*, p. 300). Democracia é, pois, para Ricoeur, o "bom governo", onde palavras-chave como "segurança, prosperidade, liberdade, igualdade, solidariedade" (p.301), dominam a cena da discussão política. A tarefa da filosofia é explicitar seu núcleo de sentido, dando lugar à tolerância e ao pluralismo; em suma, à equidade, que é o outro nome do sentido da justiça, quando atravessou as provas e conflitos suscitados pela aplicação da regra da justiça" (*Soi-même comme un autre*, p. 305).

Outra possibilidade de conflito surge do fato de a pluralidade humana, a alteridade das pessoas não ser sistematicamente coordenável à idéia de humanidade (id.); a sabedoria prática, o sentido ético de ação consiste de priorizar o respeito às pessoas, em relação ao respeito à lei. A regra de ouro de toda ética é a solicitude crítica em relação aos outros, a solicitude que atravessou as provas dos conflitos morais.

Trata-se de buscar, ainda, o equilíbrio entre a universalidade pretendida para as regras morais e a historicidade de sua discussão, explicitando, através do debate público, quais as regras que podem ser reconhecidas por todos.

Trata-se, pois, de solucionar conflitos éticos à luz da razão prática, da meditação sobre as regras do agir. A razão prática envolve as noções de "regra da ação", "conduta submetida a regras", "ação sensata". A ação sensata implica em explicitação de motivos gerais que tornam inteligível. A ação sensata é regrada, normatizada; há uma mediação simbólica a partir da qual a ação individual assume um sentido, se torna legível como um texto.

Para compreender a ação, Ricoeur contrói um poética da vontade, centrada na elaboração de uma teoria geral do imaginário (*Du texte à l'action*, p. 213). Para ele, a ficção contribui para redescrever a ação, "quer se incorpore ao projeto da ação de um agente individual, quer engendre o próprio campo da ação intersubjetiva" (id., p. 214). No âmbito do imaginário social, Ricoeur estuda, como veremos, a ideologia e a utopia, consideradas por ele como as expressões máximas desse imaginário.

Examinando o conceito de imaginação, o filósofo trata de superar o uso pejorativo do termo, provocado pela teoria empirista do conhecimento, o psicologismo e a psicologia de inspiração behaviorista. Assim, mostra que o termo imagem "evoca coisas ausentes, mas existentes alhures"; ou esboços, "retratos, quadros, diagramas, etc., dotados de uma existência própria, mas cuja função é fazer o papel das coisas que representam"; evoca, ainda, "coisas inexistentes", como as imagens dos sonhos, dos textos literários. Aplica-se, pois, tanto às coisas ausentes, como às coisas inexistentes, ilusórias.

A partir do jogo ausência/ilusão, são construídas as teorias rivais a respeito da imaginação, centradas em dois eixos: "do lado do objeto, o eixo da presença e da ausência; do lado do sujeito, o eixo da consciência fascinada e da consciência crítica" (*Du texte à l'action*, p. 215). As teorias rivais correspondem, respectivamente, às de Hume e Sartre e às de Pascal, Spinoza e

Husserl. Para Ricoeur, o paradigma do sentido positivo atribuído à imaginação acha-se na imagem poética, no sentido em que Bachalard abordou o tema; assim, Ricoeur se interessa pela força heurística da imagem, pela recriação do real a partir da ficção e da metáfora.

Na poesia, na ficção, a ação liga *mythos* e *mimésis*, redescreve o mundo; na vida individual, o projeto antecipa e experimenta, previamente, no imaginário, direções possíveis da ação; no plano intersubjetivo, "há um campo histórico da experiência porque meu campo temporal está ligado a outro campo temporal pelo que foi chamado de uma relação de acloppamento" (id., p. 226), com nossos contemporâneos, e nossos contemporâneos, e nossos predecessores e sucessores.

Husserl, que Ricoeur invoca, estabelece deste modo o conceito de *intropatia*, a transferência, pela imaginação, à situação do outro.

E Ricoeur afirma: "O laço analógico que faz de todo homem meu semelhante só é acessível através de um certo número de práticas imaginativas, tais como a ideologia e a utopia" (id., p. 228). O exame crítico dos aspectos antagônicos e patológicos das ideologias e das utopias, mostra que estas não se reduzem às funções de distorção, dissimulação, alienação, mas constituem, de modo simbólico, o laço social. Ideologia e utopia têm uma relação polar, na medida em que a ideologia reforça e justifica os laços existentes e a utopia projeta, pelo imaginário, uma outra sociedade: "De parte alguma jorra a mais formidável contestação daquilo-que-é" (id., p. 232). A ideologia tem uma função de integração social, a utopia, a de subversão; a ideologia legitima um sistema, a utopia contesta. O problema do poder e da autoridade, assim como sua ressonância do plano ético, estão implicados na discussão que Ricoeur faz da ideologia e da utopia. O aspecto "sadio" de ambas consiste, do lado da ideologia, no reforço do laço social; do lado da utopia, a abertura a novos modos de ser, a profecia do homem vindouro. A disfunção "da ideologia se chama distorção e dissimulação" (...); a da utopia, consiste na excentração do homem, na sua errância, na fuga para o sonho.

A consciência crítica de sua historicidade, de sua situação, o homem a assume pela mediação do imaginário não apenas individual, mas coletivo. Assim, ideologia e utopia têm um traço comum: são interpretações da vida real. A ideologia tem uma função de integração social, constitui os elementos fundadores de uma comunidade, a qual reconhece, desde modo, sua identidade própria. A utopia, através das variações imaginativas que propõe, da vida social, tem uma função libertadora, de "manter aberto o campo do possível" (*Du texte à l'action*, p.390). Ideologia e utopia são, pois, complementares (id., p.391), expressando a dupla dimensão do homem: a consciência crítica de si e de sua história, a abertura permanente a um poder-ser.

Ricoeur admite que a crítica das ideologias pode ser assumida como tarefa por uma filosofia que tem como ponto de partida uma compreensão do homem, uma compreensão do si, que implica uma crítica das ilusões do sujeito. Para tal filosofia, ética e política são campos diversos, mas indissociáveis; suas relações devem ser pensadas em termos de intersecção (id., p.393).

Com Husserl, Ricoeur funda o Estado a partir da relação intersubjetiva. A razão prática tem uma função crítica, que consiste em reconhecer o desnível entre a idéia de uma constituição política e a realidade empírica do Estado (*Du texte à l'action*, p. 257); e em desmascarar os mecanismos que distorcem a objetivação do laço comunitário, mediante a crítica das ideologias.

Para Ricoeur, o econômico, o político e o ético se interrelacionam: o econômico se caracteriza pela contraposição entre o homem e a natureza, a organização racional dos meios de produção, na sociedade moderna, constitui o "novo sagrado". O político é definido primeiro em relação ao econômico e ao social, criticando a sua redução ao econômico feita pelo marxismo. Para nosso autor, uma sociedade "que se defina unicamente em termos econômicos, é essencialmente uma sociedade de luta, de competição (...)" que suscita os sentimentos de injustiça e insensatez (*Du texte à l'action*, p. 397). Nas sociedades industriais avançadas, a ênfase na industrialização e na técnica subordinam o ético e o político a estas. O político deve, para Ricoeur, ser definido como ação

racional, inseparável da intenção ética. Ao Estado cabe a articulação das ações racionais, que fazem da comunidade histórica uma totalidade orgânica. No plano coletivo esta racionalidade se expressa não apenas como o acordo do indivíduo consigo mesmo, mas como "a racionalidade de uma prática coletiva" (id., p.399), que assegura a liberdade entendida como cidadania, isto é, a liberdade inscrita numa comunidade política. Assim para Ricoeur, o Estado não se define pela violência, mas pela salvaguarda da comunidade, para que esta realize sua finalidade, a existência durável. Para Ricoeur, é o Estado de direito que garante a liberdade e a igualdade, a **eqüidade** no plano político, mediante a educação para a liberdade, pela discussão. Tal Estado não se define pela força, mas pelo **poder**, isto é, pelo privilégio da violência legítima. A interação entre o ético e o político dá-se na busca do Estado de direito, no esforço para a criação de um espaço de liberdade, igualdade e não violência, de um Estado democrático, onde os conflitos possam ser expressos e negociados.

Os conflitos percebidos por Ricoeur são ligados, na sociedade atual, à ausência de um projeto coletivo, ao aniquilamento das normas e ao esquecimento das heranças tradicionais; às **ilusões da dissidência**, que nega toda autoridade como símbolo de repressão, e à sua contrapartida, a **tentação da ordem**, que se caracteriza pela defesa de privilégios e pela reafirmação não-criativa e conservadora das normas; ao **mito do simples**, tentativa de retorno à primitividade, às sociedades artesanais e fracamente institucionalizadas. Outro aspecto dos conflitos reside no esgotamento da democracia representativa, uma vez que foi o homem liberal quem fez as guerras coloniais, a guerra do Vietnã. Ricoeur assinala a exigência de se repensar o conceito de democracia, mediante a crítica dos fundamentos da crise presente: as ideologias rivais da **conciliação** e do **conflito** a qualquer preço. A ideologia da conciliação nega a fecundidade de todo e qualquer conflito, associado ao mal e ao pecado; recusa-se a reconhecer que o plano dos fatos os conflitos ocorrem e que é ingênuo tentar suprimi-los mediante a construção de uma sociedade em que dominem o planejamento e o cálculo. Na verdade, os conflitos sociais e

políticos são, para o filósofo francês, irreduzíveis à situação de diálogo engendrada por nossa experiência interpessoal. A ideologia do conflito, por sua vez, ignora que ocorre, hoje, a atenuação de alguns deles e que há uma tendência das grandes potências de evitar confrontos armados. Os conflitos são inelutáveis e a tarefa de um Estado democrático não é eliminá-los, mas negociá-los. O Estado democrático é aquele fundado no consenso, na participação nas decisões de um número crescente de cidadãos; caracteriza-se pela livre discussão que permite a formação de uma opinião pública reta.

Irreduzíveis entre si, o ético e o político se entrecruzam, na medida em que, na idade nuclear, emerge a utopia de um Estado mundial, um Estado de Direito mundial, que vise à paz.

Assinalando a crítica das ideologias como tarefa da filosofia contemporânea, propondo a utopia do Estado de direito mundial como solução para os conflitos atuais, Ricoeur faz a hermenêutica dos símbolos da nossa época, e decifra as condições da liberdade, para o homem que apreende a si mesmo como um outro.

Partindo de uma hermenêutica dos símbolos e chegando à decifração da ação, entendida como um texto, Ricoeur discute os fundamentos éticos da vida política, pela mediação da crítica às duas expressões maiores do imaginário social, a ideologia e a utopia.

O "animal político" é, antes de mais nada, um "animal poético", "um animal simbólico".

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO Nº 330 DO TST

Guilherme José Purvin de FIGUEIREDO*

Em 1981, acórdão de nº RE-92.721-2/MG, relatado pelo Ministro Djaci Falcão, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal esposava o entendimento de que o recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, formalizado de acordo com a lei vigente ao tempo de sua assinatura, configurava ato jurídico perfeito¹.

Tal decisão não impediu que o Tribunal Superior do Trabalho adotasse posição diversa, no sentido de limitar-se a quitação, nas hipóteses dos SS 1º e 2º do art. 477 da CLT, exclusivamente, aos valores discriminados no documento respectivo. Passados doze anos, porém, o TST revê o Enunciado nº 41 e publica o de nº 330, com o seguinte teor:

“A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo”.

(*) O autor é Procurador do Estado de São Paulo, Conselheiro Editorial da Revista da PGE/SP, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Não é preciso tecer digressões profundas para se concluir que, ao conferir eficácia liberatória a todas as obrigações constantes do recibo de quitação - e não apenas aos valores nele discriminados -, o novo enunciado feriu o Art. 5º, XXXV, da Carta Magna, impedindo seja obtida a reparação de lesão a direito social através do exercício da função jurisdicional.

O § 2º do art. 477 da CLT dispõe que o instrumento de rescisão ou recibo de quitação deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor. De acordo com o texto consolidado, o trabalhador que contar com mais de um ano de serviço deve ser assistido por sindicato ou autoridade competente no ato da homologação da rescisão do contrato. Consideram-se quitados, apenas, os valores consignados nos itens discriminados no recibo, e isso desde que preenchidos todos os requisitos legais. A importância da assistência no ato da homologação reside no confronto entre os valores elencados no documento e o total efetivamente percebido, já que é sabido que, muitas vezes, o empregado é constrangido a assinar recibos em branco no ato da contratação. Lembra, ainda, MARLY A. CARDONE, que "o § 2º do art. 477, instituído pela Lei nº 5.562, de 12 de dezembro de 1968, veio para eliminar a prática dos empregadores de pagarem um montante global sem discriminação da natureza de cada parcela, com os respectivos valores - e obterem dos empregados a quitação geral de todos os seus haveres em decorrência do contrato de trabalho"².

Assim, enquanto a eficácia liberatória era concedida apenas aos valores apontados nos recibos, ficava aberta ao empregado a possibilidade de reivindicar judicialmente as diferenças entre o total pago e o total devido por lei e/ou apurado no transcorrer da instrução processual. O sindicato (ou a autoridade do Ministério do Trabalho, ou ainda o representante do Ministério Público, o Defensor Público ou o Juiz de Paz) tinha por função fiscalizar a exatidão entre os valores lançados no recibo de quitação e o pagamento efetuado pelo empregador, sem a obrigatoriedade legal de verificar a correção dos cálculos. Com acuidade, aliás, sustenta a eminente Juíza do Trabalho BEATRIZ DE LIMA PEREIRA

que "o legislador, ao determinar a assistência ao trabalhador pela entidade sindical ou pelo Ministério do Trabalho, visou dar maior segurança ao ato jurídico. A realidade, entretanto, revela que a atividade assistencial, com suas exceções, se desenvolve muitas vezes em condições adversas à segurança do trabalhador. Tais circunstâncias estão inseridas nas mazelas do sindicalismo brasileiro que, infelizmente, ainda não evoluiu na medida necessária a trazer essa segurança, e na ineficiência do serviço público"³. Procurou-se, assim, "dar maior segurança" ao ato da rescisão, apenas isso, e não a transformação das entidades sindicais em instância administrativa ou judicial única!

Razões Políticas para a Formulação do Enunciado

Afirmou o Ministro Orlando Teixeira da Costa, do TST: "Se não estão, os sindicatos deveriam estar preparados para dar assistência na homologação"⁴, com o que se evidenciou que os "precedentes" do tribunal sobre o assunto não seriam propriamente processuais... Os sindicatos poderiam igualmente sustentar que, se não está, a Justiça do Trabalho deveria estar preparada para julgar todos os feitos que são diariamente submetidos à sua apreciação.

A resposta, porém, foi diversa. Assim, inicialmente, muitos sindicatos, protestando contra a nova orientação do TST, deixaram de homologar os recibos de quitação, obrigando as Delegacias Regionais do Trabalho a tomarem tais providências. Essa atitude eliminou parcialmente o risco de grave lesão aos direitos do trabalhador, visto que o enunciado distingue homologação diante de sindicato da homologação perante autoridade do Ministério do Trabalho ("... com assistência de Entidade Sindical de sua categoria..."). Com a devida vênia, temos para nós que essa distinção é prova inequívoca de que o Egrégio TST, em sua composição atual, não pretendeu jamais interpretar o § 2º do Art. 477 da CLT, caso contrário o enunciado abrangeria também as hipóteses de assistência perante autoridade do Ministério do Trabalho, representante do Ministério Público, Defensor Público ou

Juiz de Paz. A exclusão de tais assistentes revela o seu único destinatário.

A questão de fundo, porém, permanece: será admissível a utilização dos direitos sociais dos trabalhadores como arma numa contenda entre lideranças sindicais e a cúpula do Judiciário? Qual o papel reservado, porém, ao cidadão, em tal episódio?

Inocuidade da Alteração do Enunciado

No Diário da Justiça de 18.02.94, introduziu o Tribunal Superior do Trabalho pequena alteração no texto anterior, acrescentando as seguintes palavras ao final do enunciado: "...salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas". Aditamento inócuo e frustrante, posto que se esperava a reedição do Enunciado nº 41. Vale, aqui, lembrar a lição de MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO que, já em 1991, afirmava que "nenhum dispositivo legal trabalhista (...) impõe que o órgão assistente ressalve, no instrumento, que alguns direitos do trabalhador não foram abrangidos pelo ato e pela conseqüente quitação"⁵.

O Enunciado nº 330, ao dispor que a quitação tem eficácia liberatória em relação às parcelas (títulos, e não valores) expressamente consignadas no recibo, além de inconstitucional, é ainda ilegal. Com efeito, a Lei nº 8.036, de 11/5/90, dispõe no § 3º de seu artigo 18:

"As importâncias de que trata este artigo deverão constar do recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, observado o disposto no art. 477 da CLT, e eximirão o empregador exclusivamente quanto aos valores discriminados"(grifamos).

O Enunciado nº 330 contraria sobretudo a evolução democrática do Direito, que hoje prioriza a verdade real, e não a

verdade formal. Mesmo no plano da indenização, busca-se hoje a aplicação do conceito de "dívida de valor", e não de "dívida de dinheiro". O direito a um título não pode ser violentamente reduzido em razão de ignorância, equívoco ou má fé do assistente na homologação da quitação.

Observe-se que não se trata, aqui, sequer de discutir a ausência de identidade entre a **verdade real** e a **verdade formal**. Essa dicotomia existiria, por exemplo, no caso de afirmar-se a incongruência entre o "quantum" pago e o valor anotado no recibo. O Enunciado nº 330 vai muito mais além, pois não está atribuindo à **verdade formal** (constante no documento) uma presunção "juris tantum" ou "juris et de jure" - o que sem dúvida já seria uma negação do princípio da primazia da realidade -, mas fazendo "tabula rasa" de toda a legislação trabalhista. Enquanto o Enunciado nº 41 limitava-se a conceder a presunção "juris tantum" de veracidade dos dados apontados no recibo de quitação, o novo Enunciado sacramentaliza o ato da homologação. Sua celebração transforma os direitos sociais em abstrações verbais. A manutenção do Enunciado nº 330 reverterá em graves prejuízos para o Direito do Trabalho, por deixar o trabalhador à mercê de uma impossível infalibilidade do seu sindicato, já que serão irreversíveis os eventuais erros na homologação de um recibo com força de sentença irrevogável e irrescindível! Se era previsível, diante da redação original do enunciado, a avalanche de ações de consignação em pagamento que a serem propostas, em razão da recusa do trabalhador em aceitar quitação plena e irrevogável sem a assistência de um advogado trabalhista de sua confiança, com a nova redação é previsível que será instituída uma nova prática: a da oposição de um carimbo ressaltando cada parcela descrita...

O trabalhador se encontra hoje em meio a um fogo cerrado. De um lado, a Justiça do Trabalho vê nos sindicatos um bode expiatório e edita um enunciado francamente inconstitucional, buscando com isso um menor volume de processos. De outro lado, as organizações sindicais recusam-se a aceitar a idéia de que a assistência ao trabalhador no dramático momento da rescisão do contrato implica em responsabilidades maiores do que a de mero

conferente. A rigor, não bastaria o cancelamento deste novo enunciado, o que, afinal, sequer ocorreu. Necessário seria atacar as causas da morosidade da Justiça do Trabalho: poucos magistrados, mobilidade excessiva nos empregos, instabilidade legislativa, desrespeito aos direitos sociais do trabalhador, demora na informatização completa da Justiça do Trabalho etc.

A solução do impasse está na adoção de atitudes, não na edição de leis. O Poder Judiciário não pode dificultar o direito de acesso do trabalhador às suas portas, sob pena de desrespeito à legislação do trabalho e à Constituição Federal. Aos sindicatos compete a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões administrativas (Art. 8º, III), e a fiscalização e conferência dos cálculos apontados em recibos de quitação configura defesa administrativa. Não se conclua, com isto e mera inexistência de ressalvas nos recibos acarretará o aviltamento dos direitos do trabalhador. De qualquer forma, se todas as partes envolvidas cumprirem seus deveres, o número de demandas judiciais trabalhistas fatalmente decrescerá, sem que seja maculado o fundamento republicano do respeito aos valores sociais do trabalho.

São Paulo, 25 de Março de 1994

Notas

- 1 - Revista LTR Vol. 45, nº 10, pág. 1.197
- 2 - "O Enunciado 330 do TST", in Repertório IOB de Jurisprudência - 2ª Quinzena de Fevereiro de 1994, nº 4/94, pág. 64.
- 3 - "A Polêmica sobre o Enunciado nº 330 do TST", in Juízes para a Democracia nº 2, Março/1993, pág. 4.
- 4 - Folha de S. Paulo, 2/2/94, pág. 1-7.
- 5 - A "Prova no Processo do Trabalho", Editora LTR, 5ª Edição, pág. 205.

CRISE NACIONAL, INFLAÇÃO E DIREITO

Alpheu JÚLIO
PUCCAMP

Um sentimento de frustração crescente toma conta da sociedade brasileira. E não é de hoje. A violência contra a vida, contra o patrimônio, chegam a patamares inaceitáveis. As ruas e praças são ocupadas pelo banditismo rasteiro, fruto da decadência moral e da miséria social. A invasão de lares é freqüente. O crime organizado rivaliza-se às instituições oficiais. Autoridades e funcionários, dos mais variados escalões, envolvem-se na corrupção sem freios. Os políticos cuidam de ampliar suas fatias de mando, de influência, pela prática do fisiologismo e da demagogia, cada vez mais distantes do povo, a quem deveriam representar. Os jornais, revistas e noticiosos estampam a sucessão de escândalos. O hedonismo campeia e a nação geme exangue ante a septicemia moral que corrói e esgarça o tecido social.

O Estado, a seu turno, expressão política e Jurídica da nação, apresenta claros sinais de falência próxima. A pesada e anacrônica estrutura absorve praticamente toda receita, pouco restando para as tarefas básicas. Redobram-se as sinecuras. O cidadão, descrente do amparo e proteção públicas, aceita, resignadamente, recobrir seu patrimônio com seguros privados, socorrer-se do ensino particular, contratar seguro-saúde e, por vezes, formar sua milícia pessoal. Há, ainda, o constante risco de vida, dano irreparável, que vulgariza a dor e a desgraça, e que não pode ser minimizado por qualquer procedimento alternativo. A

Constituição tem inúmeros dispositivos que carecem de lei regulatória, cuja omissão impede a realização de direitos esboçados no texto. A Justiça, a força de óbices processuais, é lenta, não raro sujeita a manipulações de profissionais da astúcia, sempre dispostos a subverter os elevados ideais que a inspira para alcançar seus fins mesquinhos.

As pinceladas rápidas, que retratam na sua crueza e realismo a sociedade/nação/Estado em que vivemos, não devem, contudo, ser, para nós, motivos de desalento. Ao idealismo dos moços e mesmo daqueles que já se encontram no outono ou no inverno da vida, deverá ser cometida a tarefa da reconstrução nacional, tendo presente que tal se dará através de inevitável e penoso processo. Enfim, por amarga que seja, é tarefa de todos, de todas as forças vivas no País. Não poderemos olvidar, outrossim, que os problemas, por trás da crise, são multifacetados, o que nos leva a concluir que seria ingênuo pensarmos solução simples ou única para a urgente e complexa tarefa. Menos, ainda, nos limites modesto deste trabalho.

Ficaremos, pois, nesta reflexão, com a parcela adstrita ao Jurídico, naquilo que possamos relacioná-la com o tema. Abordaremos, desse modo, a competência exacional do estado e a inflação, esta como figura integrante do concerto tributário.

Posta nestes limites nossa meta, é cediço reconhecer que aspecto dos mais significativos do Pacto fundamental é a fixação das competências públicas, que encontra contrapartida na estatuição dos direitos e garantias fundamentais da cidadania. Ambos os sistemas, justapostos, devem refletir posição de equilíbrio entre as pessoas, de modo a pôr em relevo característica marcante do Estado de Direito, qual seja atribuição de esfera Jurídica a cada qual e isonomia a todas diante da Lei.

Se nos domínios das relações privadas prevalece o princípio de autonomia da vontade das partes, espelhado na regra de que "tudo que não é proibido é permitido", nos arraiais do Direito Público a regra suprema inspira-se no enunciado de que "tudo que não for permitido é proibido", consagrando, dest'arte, o celebrado princípio da legalidade. Vale acentuar que essas concepções são de

grande valia, sobretudo na formação da Jurisprudência, funcionando como norte a tracejar os julgados pronunciados pelos nossos tribunais.

Cuidando-se, porém, de matéria tributária, obviamente assunto que se elenca nos compartimentos do Direito Público, o princípio da legalidade ganha um significado marcante, cuja reedição no capítulo próprio do Magno Diploma, tem-lhe trazido o específico epíteto de "princípio de legalidade estrita".

De ver, a propósito, que a Constituição assegura a todos o direito de propriedade, cuja integralidade fica comprometida, em sentido econômico, quando o Estado cobra tributos do respectivo titular. A preservação dessa garantia constitucional só pode ser concebida com a atribuição, a nível também constitucional, da competência para a instituição de tributos. É a manifestação do equilíbrio a que nos referimos no preâmbulo, o qual se afirma pelo fato de que a derrogação da garantia da propriedade se dá também a nível constitucional e não se concretizará sob arbítrio ou discricção de quem quer que seja, mas obrigatoriamente por força da "voluntas lege", aprovada pelos representantes da sociedade.

A afirmação, "aprovada pelos representantes da sociedade", conquanto cada vez mais na prática venha sendo relegada ao esquecimento, merece reflexão, ainda que breve. Com efeito, ela se ajusta aos fundamentos democráticos que deve imperar no Estado e encontra fundamento na regra básica de que "todo poder emana do povo, através do sistema representativo" (artigo 1º parágrafo único da C. F.).

Por outro lado, nunca será demais considerar os precedentes longínquos e históricos que cercam o assunto, valendo mencionar a extraordinária conquista representada pela Magna Carta, marco inicial da relação Estado-Indivíduo, modeladora embrionária do sistema representativo, da manifestação democrática e da própria legalidade.

Daf porque nos filiamos ao pensamento de grandes juristas nacionais, Aliomar Baleeiro à frente, entre os muitos de notório e reconhecido saber, que não aceitam a estatuição de

tributos por diplomas diferentes da Lei em sentido estrito. Esta, como sói ser, votada pelo correspondente corpo legislativo. Se todo poder emana do povo e se vivemos num Estado democrático e representativo, não poderia ser diferente.

O sentido prático da assertiva retro é a constatação da permanente violação desses fundamentos que são, ao menos em tese, as pilstras básicas que oferecem sentido ético, indispensável à coexistência harmônica e construtiva entre o Estado e o indivíduo. Com efeito, antes da Constituição atual tínhamos o temível Decreto-Lei, de inspiração ditatorial, legislando abertamente, embora sobre assuntos específicos, entre os quais o tributário; mas a Constituição atual, em matéria de violação nada ficou a dever às anteriores, ao conceber a esdrúxula e anômala figura da medida-provisória, cuja deleteriedade foi absurdamente potencializada com a incrível possibilidade de reedição .

É evidente que esses desmandos desequilibram as relações e, assim, inclinam decisivamente o prato da balança em favor do governo, oferecendo a esse exercício que transcende à regular competência e aproxima-se do arbítrio, assunto complexo que comporta, inclusive, enfoque em separado. Mas, independentemente disso, não é difícil reconhecer-lhe o peso na crise a que estamos presos.

Nossa experiência reflete, contudo, a eterna e constante luta do homem pelo Poder; de fato, não podemos desconhecer que, por trás das instituições organizadas com racionalidade e seriedade, está a figura enigmática e cambiante do homem, cuja inteligência, talento e inspiração muitas e muitas vezes estão voltados à busca de fins próprios. Apenas! Realmente, o homem político, na acepção de filósofos da antiga Grécia, é "avis rara", quase sempre exceção, a ponto de, como explorado pelos críticos do costume, atribuir-se-lhe a subversão de sentido da incomparável mensagem de São Francisco do "é dando que se recebe". Logo, a crise do Estado é, em instância primeira (e talvez fundamental), uma crise de valores humanos.

Contudo, a subversão não se limita à quebra dos princípios, constitucionalmente postos. Vai além e, talvez por fugir

ao rigor do controle Judicial, assume contornos absolutamente mais graves.

De fato, bem pensado, não passa de mero eufemismo rotular uma das falanges da crise financeira que atinge o País de "fenômeno inflacionário", como a se admitir que ele ocorre por fatores contingenciais e aleatórios, que independem da vontade consciente de agentes. Algo assim como enfermidade congênita, em cujo combate o governo, a despeito de heróicos esforços, tem sido impotente para debelar. Por esse entendimento, o governo, a sociedade e cada um de nós, seríamos vítimas de um mal insidioso, perverso, para cujo combate a razão não consegue descobrir remédio eficaz. Diante desse fantasma ciclópico e sem explicação, a opinião coletiva acomoda-se resignadamente, aceitando como predestinação inevitável a sua desdita.

É evidente que as considerações expressas no parágrafo anterior carecem de lucidez e não resistem a exame de lógica. Impõe-se, assim, em primeiro lugar espantar a idéia de uma inflação autóctone, regida por fontes indetectáveis ou difusas. Ela tem paternidade definida e inescusável. É o governo. A evidência, como a ordem de conseqüências que projeta no sistema financeiro e na economia é de magnitude extraordinária; surgem, ao lado do governo, como beneficiários do processo, inúmeros cúmplices. Parece-nos significativo reproduzir o pensamento que lemos, em revista de larga difusão no País, segundo o qual a inflação não acaba pela simples razão de que os que têm força para acabá-la são precisamente os que dela se beneficiam...

Nessa vilania em cascata e acumpliciada, o papel de culpado mór é à evidência, do Estado, primeiro e necessário responsável pelo processo. É ele quem o desencadeia. De mais, o resultado que busca nada tem de inocente. Socorreremos da analogia, de forma indagativa, para ilustrar a assertiva: Como poderíamos classificar o procedimento do produtor de leite que assinasse contrato de entrega diária de 500 litros e, como sua força produtiva real não alcançasse além de 100 litros, completasse a entrega juntando ao leite 400 litros d'água?

O problema que examinamos não foge à essa matemática, e à moral que se encerra no "ganho".

De qualquer modo, a problemática resultante, sob a luz de critérios éticos e Jurídicos é algo sumamente reprovável e corresponde basicamente a: 1) admissão do logro como conduta normal; 2) ofensa ao primado Jurídico do enriquecimento sem causa. É forçoso reconhecer, nesse passo, os contravalores que, com isso, são inseminados, como a pedagogia da "esperteza", do "levar vantagem" do "ganho fácil" e um corolário mais de apetites malsãos, que destroem os sentimentos de fraternidade e de respeito que devem presidir as relações humanas intersubjetivas, capazes de formar e sustentar uma nação forte e solidária.

É inegável que a inflação que assola o País tem perfil sistemático. Os governos que se sucederam a partir dos anos 50, dela lançaram mãos, variando apenas o nível de aprofundamento. Contudo, é fato incontestável, francamente abonado nos manuais de ciências das finanças, que as emissões desregradadas correspondem a imposto, ora incidente sobre capitais (poupadores e credores em geral) ora sobre a renda (assalariados) .

Precedentes inflacionários são encontrados na economia universal, conquanto tenham normalmente vida episódica, como aconteceu, para exemplificar, na Alemanha e na Rússia logo após o término da primeira conflagração mundial. Aqui mesmo, na América do Sul, vizinhos nossos sofreram o mesmo (Argentina e Bolívia, entre outros). De qualquer sorte, o acentuado debuxo impositivo da inflação inspirou o engenheiro belga e professor honorário da Universidade livre de Bruxelas, VICTOR BRIEN a escrever ensaio matemático no qual sustentou a substituição de todos os impostos, em lugar dos quais figuraria apenas a inflação dirigida ou sistemática.

Nosso País não adotou a teoria do ilustre professor que, caso aceita, deveria ser institucionalizada. Dando, porém, expansão ao "jeitinho", verve que bem reflete nossa incapacidade de cumprir e exigir o cumprimento das Leis, justapôs factualmente a aludida tese às regras normativas de exação. Estamos, assim, sujeitos a pagar impostos, por força das Leis e, também, por força das

emissões. Pagamos "ex jure" e "ex facto". Para mal de nossos suplícios, a inflação foi requintada, com a criação de regras de indexação, as quais trouxeram uma espécie de acomodação e, por paradoxal que pareça, uma ilusão de ganho nas contas de muitos. Chega às raias da insanidade, fruto do círculo vicioso e doentio dessa praga, vemos pessoas ingenuamente "torcendo" para que o índice de inflação seja maior para que seus investimentos financeiros experimentem maior "lucro". Por trás disso, a mídia, impulsionada pelos que ganham realmente com a inflação, pinta com cores atraentes o episódio ...

À margem das evidentes implicações ético morais, aqui apenas afloradas, importa-nos aprofundar, neste passo, com maior vigor sobre o problema visto por prisma Jurídico mais restrito. Sendo, como é, exação exercida dissimuladamente e "ex facto", além de contrariar princípio de direito de validade universal, como visto retro, colide com o que a respeito dispõe o Diploma fundamental, pois é flagrante a violação de regras-princípios constitucionais cardiais, como evidenciaremos.

Por primeiro, a lesão compromete a própria estrutura do Estado, que se afirma democrático de direito e atribui o monopólio do poder ao povo, que o exercerá sob forma representativa. Com efeito, nada há de democrático na cobrança do "tributo", até porque a vontade popular não é considerada, face à abulia e omissão dos representantes do povo.

De outro lado, colhendo "gregos e troianos" indiscriminadamente, viola o princípio da igualdade e, de forma direta, o princípio da capacidade contributiva, convindo salientar que os maiores sacrificados, como historicamente se sabe, são os assalariados (artigo 5º I e 145, § 1º da CF).

O elenco de violações vai além. Colhe, também, o princípio cardinal da legalidade (artigo 5º, III) e mais de perto o princípio da legalidade estrita (artigo 150, II).

O "tributo", como se vê, coloca-se inteiramente à margem da "lex legum", levando-nos a reafirmar, porque esses são os fatos, que estamos submetidos a duas vertentes de imposições fiscais: as legais e as de fato.

Diante desse "status" enfermo, perguntamos: como fica a Carta Magna como pacto fundamental a reger as relações Estado-Indivíduo? Onde vislumbrar o equilíbrio de competências e de prerrogativas, que constituem o apanágio do Estado de Direito? O que aprendemos e ensinamos, até porque francamente abonado pela doutrina e prática peregrinas, vale para nosso País?

Esta incestuosa convivência, "per se" a ética e carente de qualquer sustentação Jurídica, projeta seus efeitos negativos a todos os quadrantes sociais, pois de certa forma reconhece a possibilidade de caminhos sinuosos, de atalhos e desvios, que podem ser trilhados "pari passu" aos permitidos ou compelidos pelas regras legisladas. A cultura que daí se forma não poderia ser mais nefasta.

A sociedade brasileira, a rigor nunca conseguiu capacitar-se à indignação, por força desses e de outros procedimentos que consagram o arbítrio e o despotismo e são a própria negação do Estado de Direito. Só para mencionar, contemporaneamente, como explicar a não prevalência do § 3º do 192 (taxas de juros reais máximas) e do inciso IV do artigo 7º (salário mínimo para atender a necessidades vistas básicas do trabalhador e de sua família, cujo detalhamento inclui até o lazer), ambas expressas na Lei Maior ?

Os historiadores contam que houve quem afirmasse em passado recente que ou o Brasil acabava com a saúva ou esta acabaria com o Brasil. "Mutatis mutandis" o mesmo se aplica, hoje, com respeito à inflação. A burla financeira à margem da lei, enfraquece o Estado e sua autoridade, dilapida o sagrado direito dos indivíduos e abastarda os costumes. A rapinagem e a deslealdade passam a ser regras.

É claro, como já afirmamos, que a crise nacional não se esgota no episódio retratado. Não. Mas sua solução se constituiria, certamente, em conquista inestimável na dura luta para o resgate da dignidade e do respeito dos cidadãos e das instituições.

JURISPRUDÊNCIA

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Relator Desembargador Álvaro Cury

Ato indecoroso, chocante e reprovável diante da moral e da respeitabilidade praticado por professores de Educação física contra colegas, seus alunos, a título de "trote" - Brincadeira de mau gosto, da qual resultaram lesões corporais, sem caracterização de ato libidinoso - Inexistência de dolo - Delito não configurado - Absolvição decretada - Apelação provida - Inteligência dos arts. 214 e 226, II, do CP de 1940.

Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, por parte do agente, expansão de luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. Tem esta de ser reconhecida sob duplo ponto-de-vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*.

Ap. 33.436.3 - 6ª C. - j. 25.9.85 - rel. Des. Álvaro Cury.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos de apelação criminal 33.436-3, da comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes José de Souza e José Augusto Neto, sendo apelada a Justiça Pública.

Pela r. sentença de fls. 333, oriunda da 2ª Vara da comarca de São João da Boa Vista e cujo relatório fica adotado, acrescente-se que os apelantes José de Souza e José Augusto Piovesan Neto foram condenados, respectivamente, às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão e 2 anos e 4 meses de reclusão, por infringência dos arts. 214, c/c o art. 226, II, e 25 e 51, § 2º, todos do CP permitindo-se-lhes apelar em liberdade.

E foi o que fizeram, por seus cultos e combativos Defensores. Sustentam a inexistência do fato. A ausência do elemento subjetivo especial dirigido à prática do ato libidinoso, capaz de caracterizar o delito do art.214 do CP. Querem, ambos, pois, a absolvição. Preliminarmente, todavia, postulam, na nulidade do feito, por ilegitimidade de Ministério Público para intentar a ação penal, que não pode ser pública, aplicando-se, na hipótese, a regra especial do art.225, e não a do art.103, ambos do CP.

Processados os apelos, nesta instância, a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento dos apelos. É uma síntese do necessário.

Repele-se a preliminar suscitada, por entender-se que, nos crimes contra os costumes, o Ministério Público é parte legítima para a iniciativa da ação penal, toda vez que houver prática de violência e caiba, ao menos em tese, o oferecimento de denúncia para apuração de crime de ação pública.

Essa tem sido a orientação que vem prevalecendo nesta C.Corte e mesmo no Pretório Excelso, sendo de todo dispensável, em tais hipóteses, comprovação de pobreza do ofendido ou a formulação de representação.

Julgou, com efeito, o Tribunal Maior do País, em caso semelhante: "Praticado o crime (de natureza sexual) com violência

real, originando lesões corporais outras, a persecução é de ser intentada por ação penal pública (CP, art. 103, excluída a incidência do art. 225 do mesmo Código)" (RE 101.112-2-SP, 2ª T. rel. Min. Décio Miranda, in DJU 29.6.84. p. 10.755).

No caso em exame, como se pode verificar dos autos, quase todas as vítimas sofreram lesões corporais leves, podendo perfeitamente o Ministério Público, competente para a persecução penal por esse delito, agitar a ação penal também pelo crime de índole sexual.

Segundo a peça vestibular, realizou-se entre o período de 22 a 25.9.80, na cidade de São João da Boa Vista, um Campeonato Colegial de Esportes, promovido pela Prefeitura Municipal local, do qual participaram alunos de diversos estabelecimentos escolares dessa região. E, entre eles, 22 escolares das vizinhas cidades de Divinolândia e São Sebastião da Gramma, cujas idades variavam entre 12 e 14 anos. Tais menores, após autorização paterna, exigida pela direção das respectivas escolas, foram confiados à guarda de um professor de Educação Física, o apelante, José de Souza, que já ministrava essa disciplina nos estabelecimentos de ensino das referidas cidades. Alojados, professor e alunos em acomodações existentes no próprio Estádio de Esportes Municipais, de São João da Boa Vista, ocasião em que, também ali se encontrava outro professor de Educação Física, José Augusto Piovesan Neto, cuja função era funcionar como árbitro de algumas modalidades de esporte do mencionado campeonato.

O campeonato transcorria normalmente, quando os referidos professores resolveram, a título de "trote", praticar contra esses menores, então indefesos e impotentes de qualquer reação, quer pela condição física, quer pela diferença de idade, quer, principalmente, pelo respeito ao Mestre, atos libidinosos e imorais que, além de feri-los física e psiquicamente, chegando mesmo a traumatizar alguns deles, vieram chocar, profundamente, seus familiares, inclusive a opinião pública da região.

Assim é, que, prossegue a denúncia, os referidos Professores, mediante violência, constrangem os 22 alunos, de forma a permitirem que com eles fossem praticados atos libidinosos,

pois, em seus ânus, introduziram o bico de tubos de pasta dentifrícia, após o que os expremiam, injetando, no interior do reto, seu conteúdo, dizendo-lhes, inclusive, que isso era para que eles evacuassem branco e assim não fossem mais "virgem".

Indiscutivelmente, no processo, há dois pontos fundamentais: a) existência do fato e autoria do mesmo atribuída aos apelantes; e b) tal conduta se resumiu num "trote", que, de resto, era tradicional em tais competições esportivas.

Essa conduta dos apelantes constitui um procedimento ilícito no campo do Direito Penal? A resposta só pode ser afirmativa. E, assim entendendo, optou o douto magistrado sentenciante de 1ª instância pela ocorrência, na hipótese, de um atentado violento ao pudor, de forma continuada.

Todavia, pese embora o respeito que se tem às manifestações dos ilustres Doutrinadores citados na sentença para demonstrar, tipicamente, a existência do atentado violento ao pudor, não se pode acolher, indubitavelmente, na hipótese dos autos, o atentado à liberdade sexual dos sujeitos passivos, exatamente, por ausência do elemento subjetivo que, tradicionalmente, se denomina de específico.

E, efetivamente, se no Direito Penal vige o princípio da reserva legal, não se pode estender a incidência da norma incriminadora que restringe a liberdade humana e, por isso, a sua interpretação há de ser estrita. Por esse parâmetro, verifica-se que o atentado violento ao pudor está inserido no capítulo "Dos crimes contra a liberdade sexual", juntamente com o denominado "Estupro", para os quais se exige, sempre, o dolo específico. Ora, como esclarece a Exposição de Motivos do Código de 1940, foram conservadas as "figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor". Este crime, previsto no art. 214, assemelha-se ao estupro através da comum característica do constrangimento para fim libidinoso. Distingue-se, porém, desse outro delito, em que o sujeito passivo e o sujeito ativo tanto podem ser homem como mulher, e em que o ato libidinoso não deverá ser a conjunção carnal.

Através desse último aspecto, cumpre observar que, sendo indiscutivelmente configurável a tentativa de estupro, em que não chega a verificar-se a conjunção carnal, é grande a semelhança entre essa tentativa e o atentado violento ao pudor. A diferenciação há de se fazer tendo-se em vista o intuito do agente. Os atos atentatórios ao pudor praticados com o fim inequívoco de manter cópula carnal, que, todavia, não se verifique, constituirão tentativa de estupro. No crime chamado atentado violento ao pudor, os atos são diversos da conjunção carnal e o sujeito ativo não visa realizá-la.

Assim, vinculadas, indiscutivelmente, as figuras tradicionais do "estupro" e do "atentado ao pudor", com características semelhantes e diferentes, não se pode prescindir do elemento subjetivo especial sempre voltado ou à conjunção carnal ou ao ato libidinoso diverso daquela, mas ligado ao ato libidinoso que é lascivo, voluptuoso, visando ao prazer sexual. O dolo há de ser, por isso especial, ao fim de satisfazer a concupiscência, sem o que não haverá esse crime, sem tal propósito.

A interpretação teleológica leva a essa conclusão, pois como ensina Carlos Maximiliano, acerca do emprego teleológico: a) as leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto; b) se o fim decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultando do conjunto e, finalmente c) os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma" (cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 9ª ed., p. 156).

Com tal orientação estão de acordo respeitáveis penalistas como Heleno Cláudio Fragoso, quando afirma: "Sobre o conceito de ato libidinoso, cf.n.61, supra: toda ação atentatória ao pudor, praticada com o propósito lascivo ou luxurioso (*Wolluestiger Absicht*). Não será de reconhecer-se o ato libidinoso, se não foi praticado com esse fim especial, de satisfazer a própria concupiscência, não pertencendo tal fim ao elemento subjetivo do

crime, mas, sim, ao próprio conceito de ato libidinoso, que envolve este aspecto subjetivo" (cf. Lições de Direito Penal, v.2/395).

Outro, aliás, não é o pensar do inigualável e saudoso Nélson Hungria: "Além de ser objetivamente atentatório do pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia. Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão de luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. Tem esta de ser reconhecida sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*".

Aos ensinamentos de tradicionais penalistas se ajunta o do moderno e estudioso Celso Delmanto, em sua proveitosa obra *Código Penal Anotado*, 5ª ed., p. 292, roborando aqueles conceitos ao afirmar: "Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, que visa ao prazer sexual. Dolo é o elemento subjetivo do tipo que é o especial fim de satisfazer a concupiscência; não haverá este crime, sem tal propósito. Na doutrina tradicional é o "dolo específico".

A jurisprudência, também, não discrepa de tais ensinamentos: "Ausente o elemento subjetivo do injusto versado no art.214 do CP, ou seja, o fim especial do agente ativo de auferir prazer sexual, não se configura o delito de atentado violento ao pudor" (RT 561/404).

"Ato libidinoso diverso da conjunção carnal é todo aquele que se apresenta como desafogo à concupiscência, através de um equivalente ou sucedâneo de coito normal" (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, p. 584).

"Há de se entender como libidinoso todo fato libidinoso diverso da conjunção carnal que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência" (ob cit., p.584).

Assim, a conduta dos apelantes pode ter sido de péssimo mau gosto, profundamente chocante e reprovável pelos princípios da moral, principalmente na situação em que se encontravam, merecendo toda a reprovação da sociedade, mas daí,

chegar-se à incriminação de um atentado violento ao pudor é ir-se muito longo, *data venia*, ferindo-se o princípio da reserva legal e interpretando-se o art. 214 do CP de maneira extensiva, o que é defeso, no sistema repressivo penal.

Da brincadeira ou "trote" de mau gosto, resultaram para os ofendidos lesões corporais leves e, estas, sim constituíram, tipicamente, o delito previsto no art. 129 do CP. implicitamente, descrito na peça vestibular.

Mas, a sua punição, a esta altura, torna-se impossível, porque alcançada pela prescrição.

Por tais motivos: Acordam, em 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, repelida a preliminar, dar provimento ao apelo para absolver os apelantes. Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Des. Hélio Arruda, pres. sem voto, Néelson Fonseca e Djalma Lofrano, com votos vencedores. São Paulo, 25 de setembro de 1985 - ÁLVARO CURY, relator

Agravo de Instrumento nº 145.395-8 São Paulo

Relator: Ministro Celso de Mello

Agte.: Município de Pindamonhangaba

Advs.: Geraldo Ataliba e outros

Agdo.: Presidente da Assembléia Legislativa de São Paulo

Advs.: Ivan Correa de Toledo e outros

Despacho: Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu recurso extraordinário interposto de decisão proferida em 1991 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou extinto o processo de mandado de segurança instaurado pelo ora agravante.

As decisões denegatórias do writ mandamental, quando proferidas em única instância pelos Tribunais federais ou locais, comportam impugnação recursal dirigida ao Superior Tribunal da Justiça, que exercerá, nos termos da Constituição, a sua interrogável competência recursal ordinária.

Dentro do quadro normativo delineado pela Lei Fundamental da República, o recurso cabível contra decisão denegatória de mandado de segurança, proferida em única instância por Tribunal estadual como no caso - é, pois, o recurso ordinário, interponível, nos termos do art. 105, II, b, da Carta Política, para o E. Superior Tribunal de Justiça.

O recurso ordinário em questão, de índole eminentemente constitucional, não pode ser substituído por outro no caso, o

extraordinário sob pena de grave ofensa ao que dispõe a Constituição Federal, de um lado, e de usurpação da competência deferida ao Superior Tribunal de Justiça, de outro.

Nem se diga que o ato decisório que declarou extinto o processo mandamental, por haver reconhecido a consumação do prazo decadencial para impetrar o writ, não se ajustaria, para efeitos recursais ordinários, ao sentido da cláusula que, inscrita na Carta política, refere-se à decisão denegatória do mandado de segurança.

A locução constitucional - "quando denegatória decisão" - tem sentido amplo, pois não só compreende as decisões dos Tribunais que, apreciando o *meritum causae*, indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo (RTJ 132/718, Rel. Min. Celso de Mello).

O significado dessa expressão, que se revela omum tanto às ações de habeas corpus quanto às de mandado de segurança (RTJ 72/51 - RHC 59.538, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, DJU de 12.04.82), foi em definido, no plano doutrinário, pelo eminente Professor e Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça ("Mandado de Segurança e de Injunção", p. 119, item n. 11, 1990, Saraiva), cujo magistério inclui, na compreensão das decisões denegatórias da ação de segurança, "...também as que extinguem o processo sem apreciar o mérito".

O fato inquestionável nesse caso é que o Tribunal a quo, ao julgar extinto o processo mandamental com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, c/c o art. 18 da Lei nº 1533/51, emitiu provimento jurisdicional evidentemente denegatório da concessão do mandado de segurança. Nesse contexto, evidenciava-se cabível um único recurso: o recurso ordinário constitucional, que não poderia ser substituído pelo apelo extremo, eis que, nesse tema, é absoluta a indisponibilidade das formas recursais.

De outro lado, cumpre assinalar que, mesmo que o *thema decidendum* envolva matéria constitucional, ainda assim o

meio de impugnação adequado nas hipóteses de denegação originária do mandado de segurança por Tribunal de Justiça continuará sendo o recurso ordinário.

O regime de interposição dessa modalidade recursal ordinária define-se em função do caráter negativo do pronunciamento jurisdicional em sede de mandado de segurança, e não em razão da natureza das categorias temáticas versadas na decisão denegatória do writ.

Isso significa que, tratando-se de decisão denegatória de mandado de segurança proferida por Tribunal local em única instância, terá pertinência o recurso ordinário, a ser interposto para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha instaurado controvérsia de índole constitucional no âmbito do processo mandamental.

Cumprе registrar, neste ponto, o autorizado magistério de Celso Agrícola Barbi que, ao versar o tema do recurso ordinário em mandado da segurança no Superior Tribunal de Justiça, assinalou, verbis:

"Outra questão a examinar é o cabimento do recurso ordinário, quando a decisão denegatória contrariar dispositivo da Constituição, ou tiver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato de governo estadual, contestado em face da Constituição. Cabe indagar se o recurso não será o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 102, III, da Constituição.

Para solucionar a questão, convém lembrar que o entendimento tradicional é de que o recurso extraordinário só é cabível contra decisões finais, isto é, que não comportam mais recursos ordinários nos tribunais inferiores. Nessa linha de pensamento, acórdãos passíveis de recurso de embargos infringentes não eram considerados finais, e, por isso, não ensejavam recurso extraordinário.

Na atual Constituição, deve-se aplicar o mesmo princípio, segundo o qual o acesso ao Supremo Tribunal Federal

pelo recurso extraordinário só é permitido após o esgotamento das vias ordinárias. Assim, se o mandado de segurança foi denegado e na decisão ocorre alguma das hipóteses do art. 102, III, da Constituição, ainda assim o recurso é o ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, II, 'b', e não o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal.

Se aquele Tribunal mantiver a denegação e ocorrer qualquer das hipóteses do art. 102, III, abrir-se-á então caminho para o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal." (Revista de Processo, vol. 59/25-26)

Esse também tem sido o entendimento manifestado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Em se cuidando de mandado de segurança denegado, em única instância, por Tribunal Estadual, o recurso cabível, sem distinção sobre versar ou não matéria constitucional, passou a ser o ordinário, para o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, b, da Constituição em vigor." (RTJ 128/953, rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno - grifei)

"Ementa: Recurso Extraordinário. Impugnação contra decisão que denegou originariamente Mandado de Segurança: inadmissibilidade.

Em se cuidando de mandado de segurança decidido em única instância por Tribunal Estadual, o recurso cabível, independentemente de versar ou não matéria constitucional, é o ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 105, II, b, da Constituição Federal. Agravo regimental improvido." (Ag 144.895-4 (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, 1º Turma, DJU de 20.11.92)

Como já anteriormente ressaltado, em nada altera a definição do recurso cabível na espécie a circunstância de o acórdão impugnado haver proclamado a decadência do direito de impetrar o writ mandamental, eis que esse ato jurisdicional

subsume-se, na abrangência do discurso normativo inscrito no art. 105, II, b, da Constituição, à noção de decisão denegatória, para efeito de ativação da competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça.

Tendo presente essa realidade jurídica, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reputou adequado o recurso ordinário interposto contra decisão de Tribunal Superior que, em julgamento originário, não conheceu do mandado de segurança, "sob o fundamento de decadência" (RMS 21.363-DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 25.09.92), razão invocada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para extinguir, na espécie destes autos, o processo mandamental.

Devo salientar, de outro lado, que a questão da constitucionalidade do art. 18 da Lei nº 1533/51 - discutida em substancioso trabalho pelo em. Min. Carlos Velloso ("Temas de Direito Público", p. 155, 1994, Del Rey) - já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que, sob a égide da vigente Carta Política, proclamou a recepção dessa norma legal pela nova Constituição do Brasil:

"Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - Decisão denegatória proferida por Tribunal Superior da União em única instância - Consumação do prazo decadencial para impetrar o writ (Lei nº 1533/51, art. 18) - Constitucionalidade dessa norma legal - Incompetência da autoridade judiciária para ordenar, em sede mandamental, a substituição do órgão apontado como coator - Recurso improvido.

- A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse remedium juris, cuja relevante função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que o disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direitos líquidos e certos eventualmente lesados por comportamento arbitrário da Administração Pública.

- O prazo decadencial de 120 dias - a que se refere o art. 18 da Lei 1.533/51 - opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o writ constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Esse direito subjetivo resta incólume e não se vê afetado pela consumação do referido prazo decadencial, cujo único efeito jurídico consiste, apenas, em inviabilizar a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança.

- A norma inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51 não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto à fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não protraí, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer momento, do writ mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante.

O prazo decadencial referido na norma legal em questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais.

A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional.

..."

(RTJ 141/478, rel. Min. Celso de Mello)

"Ementa: Recurso Ordinário - Prazo - Férias Forenses - Suspensão do lapso recursal - Reinício da Contagem - Man-

mandado de Segurança - Ação mandamental extemporânea - Prazo decadencial (Lei nº 1.533/51, art. 18) - Constitucionalidade - Recurso conhecido e improvido.

...

- Não ofende a Constituição a norma legal que estipula prazo para a impetração do mandado de segurança. A circunstância de a Constituição da República nada dispor sobre a fixação de prazo para efeito de ajuizamento da ação mandamental não inibe o legislador de definir um lapso de ordem temporal em cujo âmbito o writ deve ser oportunamente impetrado." (RTJ 145/186, rel. Min. Celso de Mello)

Assinale-se, por pertinente, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 02.03.94, por votação unânime, e fazendo aplicação, precisamente, do art. 18 da Lei nº 1.533/51, não conheceu do mandado de segurança que, requerido fora do prazo decadencial de 120 dias, havia sido originariamente impetrado perante esta Corte (MS 21.743-0-SE, rel. Min. Moreira Alves).

Impõe-se uma observação final: a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal - não obstante a magnitude que assume no contexto da organização dos Poderes da República - não pode ser exercida com inobservância das rígidas prescrições normativas que, estabelecidas pela Lei Fundamental, condicionam e regem a atividade jurisdicional do Estado.

A competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça possui extração constitucional. É indispensável, é interrogável, quer pelo ministério da lei, quer pela interpretação dos juízes, e, na concreção do seu alcance, é privativa dessa elevada Corte judiciária nacional, a quem também compete exercer - à semelhança dos demais Tribunais e juízes - o controle difuso de constitucionalidade, ainda que este venha a ser instaurado, como é processualmente lícito, no âmbito do recurso ordinário cabível nos termos do art. 105, II, b, da Constituição Federal.

Sendo assim, não há como pretender uma Jação per saltum do Supremo Tribunal Federal na matéria veiculada no recurso extraordinário cujo processamento foi corretamente obstado pela Presidência do Tribunal a quo (RTJ 104/187).

Tendo presentes as razões expostas, e nos termos do duto parecer da Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao presente agravo, por incabível o recurso extraordinário a que ele se refere (Lei nº 8.038/90, art. 38).

Publique-se.

Brasília, 03 de março de 1994.

Ministro Celso de Mello - Relator

[Publicado no DJU 1 de 09.03.94, pp 3880,1]

MANDADO DE SEGURANÇA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CABIMENTO

(Acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça)

Recurso Especial nº 15.468-0 - RS

Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrida: Ivete Pereira Teixeira

Advogados: Drs. Ricardo Koch

Eduardo Marioti e Outros

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO COLENO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - Coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que se vão tornando tradicionais, para, atualizando o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

II - O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes

da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

III - A lei do mandado de segurança não contém nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. Não é lógico nem é justo que o impetrante vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, sempre presentes, insitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

IV - Condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência, é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do mandamus pelo particular, e, por outro lado, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolventes de direito líquido e certo.

V - Recurso conhecido e improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Brasília, 11 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro Garcia Vieira
Presidente
Ministro Cesar Rocha
Relator

Relatório

O Sr. Ministro Cesar Rocha: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Ivete Pereira Teixeira contra ato do Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Modernização Administrativa que declarou sem efeito a sua nomeação, após regular aprovação em concurso público, por ter ultrapassado o limite de idade.

O Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, concedeu a segurança, e, por maioria (quatro votos a três), condenou a honorários.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul recorre especialmente da parte do acórdão que estabeleceu a condenação em honorários, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, alegando divergência com o Enunciado nº 512 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

O recurso mereceu seguimento na origem, consignando-se a frontal contrariedade da decisão recorrida com a orientação sumulada, subindo os autos.

Recurso extraordinário também admitido na origem.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo improvimento do recurso, à luz da jurisprudência desta Corte que seria no sentido da inconstitucionalidade da exigência do limite de idade para ingresso no serviço público.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha: Sobre o tema já proferi voto-vista no REsp nº 6.860-RS em cujo julgado esta Egrégia Primeira Turma entendeu, por maioria, pela procedência da condenação de honorários em mandado de segurança.

Ali, deixei explicitado que acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todavia, sempre me inquietou o comando emergente da Súmula 512 do Pretório Excelso, segundo a qual "não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança".

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra e exclusão da verba em exame.

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de Chiovenda (in "Instituições de Direito Processual", vol. III, p. 285, na remissão feita por Luiz Carlos de Potilho, in RF 246/221), ao cuidar do princípio da sucumbência, para quem "o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota, e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante".

Essa, por certo, a motivação que teve o legislador da Lei Civil Adjetiva vigente, na dicção do seu art. 20, ao impor ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Em comento a tal dispositivo, o mestre Pontes de Miranda (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo 1, p. 416) leciona que: "hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja pendente".

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de

Injunção, Habeas Data”, p. 65) afirma, enfaticamente, que “na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

No mesmo diapasão, a voz de Barbosa Moreira (in “Direito Processual Civil”, p. 246), que ainda na vigência do Código de 1939 já entendia que “não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 do mandado de segurança, recapitulemos: se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, a ‘fortiori’, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados - então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários”.

Yussef Said Cahali (in Honorários Advocatícios, págs. 735/734) persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que “no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou ela ação fundada em direito público, quando se

cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o 'habeas corpus', para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida".

O Prof. Maurilio Wagner de Paula Reis, em trabalho intitulado "Os honorários na ação de mandado de segurança" (in "Mandados de Segurança e de Injunção", coordenado pelo Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo, p. 332), anota um dado a mais pois que "não se pode olvidar o art. 37, parág. 60, da Constituição de 1988 - as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar danó".

Na mesma linha Celso Ribeiro Bastos (in "Do Mandado de Segurança", 2ª ed., Saraiva, 1982, págs. 20/21) quando leciona que "a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios,

pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência frequente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?"

Outros e outros doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, perfilam nessa mesma corrente.

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência, pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula 512.

Aliás, como lembra Yussef Said Cahali, em sua obra indicada (p. 734), "a simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados para manifestação a respeito dos honorários advocatícios em mandado de segurança já revela a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério jurisprudencial que tem prevalecido".

Devo assinalar que os Eminentes Ministros Djacir Falcão e Oscar Correia igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança, apenas se conformavam ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência da pré-falada Súmula já inibe o magistrado para não se lançar contra ela e formular novas reflexões sobre o tema.

Mas, aqui e agora, não é o caso, visto que, como afirmei acima, a ordem constitucional instalada em 1988 deslocou, para esta Colenda Corte, a competência para apreciar, em definitivo, a matéria, por isso não devendo, necessária ou simplesmente, recepcionar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal do tempo em que a ele estava destinado o deslinde final das questões infraconstitucionais, por mais se reconheça - como reconheço - sabedoria e juridicidade nas suas decisões.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo ilustre Prof. Napoleão Nunes Maia Filho, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

Todavia, como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

O saudoso Professor Nelson Sampaio, lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem coritudo, abrir a porta ao arbítrio judicial.

O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores, mas que se tenha também como presentes os ensinamentos relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação doutrinária que afasta - e a meu sentir, erroneamente - a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

Não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelepas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Ademais, condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do mandamus pelo particular, e, por outro, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolventes de direito líquido e certo.

Com tais considerações, conheço do recurso para Lhe negar provimento, mantendo a verba honorária estabelecida pelo julgado sob exame.

Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Estou de inteiro acordo com o E. Ministro Relator e, nesse sentido, já votei por várias vezes. Farei juntar cópia do meu voto.

Entendo que no mandado de segurança incidem, também, os honorários de advogado e não está mais em vigor a Súmula no 512 do STF.

Adendo ao Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, também quero acrescentar a concessão com referência ao honorário de advogado e farei juntar cópia de um artigo que tenho a respeito.

Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente: - Quando o artigo 20 do CPC determina a condenação do vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios, não abre qualquer exceção para o mandado de segurança que é ação, conforme conceitua a esmagadora maioria da doutrina e reconhece o próprio C. Supremo Tribunal, na Súmula 512. Nele, como em qualquer outra ação, existem partes. A Lei 1.533/51, no artigo 10 fala em solicitação da parte. Havendo parte, existirá vencedor e vencido e a sentença, obrigatoriamente, deverá condenar este nos honorários de advogado. Hoje é tranqüilo, entre nossos mais respeitados doutrinadores, o entendimento de que são devidos os honorários advocatícios na ação de mandado de segurança. Pontes de Miranda, com todo peso de sua autoridade, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., 1974, ensina que:

“Hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva, positiva ou negativa condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja pendente.” (fls. 416).

Para Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”, 12ª Ed., 1988, pág. 65,

“Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo

porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás, contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

Celso Ribeiro Bastos, no seu Livro *Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., 1982, esclarece que:

“A nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil.”

Entende o emérito Professor Celso Agrícola Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 4ª ed., 1986, que:

“Realmente, sendo o mandado de segurança uma ação, em que há vencedor e vencido, não encontramos razões para afastá-lo das normas gerais do Código, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. A simples circunstancia de estar ele regulado em lei especial não é decisiva, porque se lhe aplicam inúmeras regras gerais do Código, mesmo porque, se assim não fosse, seria necessário fazer um Código apenas para os processos de mandado de segurança.” (fls. 197).

Giuseppe Chiovenda em *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª ed., 1945, tradução Guimarães Menegale, pág. 285:

“O fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota”.

No mesmo sentido Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, 7ª ed., 1988, págs. 95/96 e José Carlos Barbosa Moreira, em excelente artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 23 e na *RT* nº 418. Esse conceituado Mestre examinou com profundidade e rebateu um por um, os principais argumentos contrários à aplicação na ação de

mandado de segurança dos princípios da sucumbência. Realmente, não procede a assertiva de que, sendo o mandado de segurança regido por leis especiais, não lhe são aplicáveis as disposições do art. 20 do CPC. O próprio Código, art. 273, manda aplicar, subsidiariamente, ao procedimento especial, as disposições gerais do procedimento ordinário e a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do Código ou da Lei Especial (art. 271). As normas contidas no Código representam fonte subsidiária para os procedimentos especiais e a estes são aplicáveis em tudo que não contrariar o procedimento específico. Para Barbosa Moreira, ob. cit., págs. 52/53,

"as normas do Código constituem fonte subsidiária da disciplina de qualquer processo especial, regulado por lei anterior ou posterior a ele, e incidem em tudo que não contrarie o regime específico traçado pelo diploma pertinente. O direito processual civil cristalizado no Código é direito processual civil comum, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre toda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível. E isso independentemente de remissão expressa..."

Lembra ele a Súmula nº 519 de nossa Excelsa Corte que determinou a aplicação aos executivos fiscais, então regidos pelo Decreto-lei 960, o princípio da sucumbência, quando essa norma legal nada dispunha a respeito da condenação em honorários de advogado.

O argumento de que no mandado de segurança não há parte é improcedente porque, como já vimos, ele é a ação e nele existe parte e a própria Lei nº 1.533, em seu artigo 10, fala em parte. As partes são o impetrante, o impetrado, o Ministério Público, os litisconsortes e os assistentes. Assim ensina Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pág. 30 e Barbosa Moreira, ob. cit. pág. 53, deixa este bem claro que:

"Partes, em qualquer processo, são aquele que pede e aquele em face de quem se pede - num e noutro caso, em nome próprio - a tutela jurisdicional do Estado. No processo do mandado de segurança, parte ativa é o impetrante, sem dúvida alguma; parte

passiva, de acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora”.

É irrelevante que seja parte passiva a autoridade coatora ou a pessoa jurídica, ou ambas, porque sempre haverá a parte passiva para suportar os ônus da sucumbência quando vencida.

O argumento, às vezes usado, de que no mandado de segurança não atua o “advogado” da entidade contra a qual se dirige a impetração também não procede, porque esta, através de advogado, procurador ou assistente jurídico, pode acompanhar todo o processo e até recorrer. Seu representante terá sempre oportunidade de requerer e demonstrar a improcedência do pedido. É irrelevante o fato de já receber o representante salário ou vencimento, como servidor, da pessoa jurídica e, como tal, não poderia receber honorários advocatícios pelos serviços. Caso este argumento fosse válido para o mandado de segurança, seria também para qualquer ação onde fosse parte qualquer pessoa jurídica, ou quando a parte fosse alguém que paga o advogado, em prestações sucessivas e periódicas, como lembra Barbosa Moreira, ob. cit. pág. 56.

Dizer que a cobrança de honorários de advogado em mandado de segurança inibiria de vir a júízo aqueles detentores de direito líquido e certo é desconhecer o que acontece na realidade. Quem de fato tem a seu lado o bom direito não terá nenhuma dúvida de pleiteá-la porque estará sempre convicto de que será o vencedor da demanda. Ao contrário, a aplicação no mandado de segurança da sucumbência fará com que haja menos ações temerárias e destituídas de qualquer fundamento. Quem não tem direito pensará duas vezes, antes de ajuizar a ação, com medo da sucumbência.

O último argumento também usado é o de que sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional, irmã do “Habeas Corpus”, a ele não se aplicaria a condenação em honorários de advogado. Para a impetração do H. C. sequer é necessária a constituição de advogado.

Ora, o "Habeas Corpus" é regulado pelo processo penal e o Mandado de Segurança pelo processo civil e, por isso, não se aplica ao primeiro a sucumbência do art. 20 do CPC.

Na ação civil pública e na ação popular, ambas de índole constitucional, é prevista a condenação em honorários advocatícios, até do autor. A Lei nº 7.347, de 24.07.85 que regula a primeira em seu artigo 17, determina que:

"Art. 17 - O Juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4º do art. 20 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada."

Theotônio Negrão no seu Código de Processo Civil, 20ª ed. atualizada até 08.01.90, pág. 497, esclarece que:

"Se a ação foi julgada procedente, o réu será condenado a pagar honorários de advogado nos termos do art. 20 do CPC".

A Lei nº 4.717, de 29.06.65, da ação popular, em seu artigo 12, estabelece que:

"Art. 12 - A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento ao autor, das custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado."

Theotônio Negrão, ob. cit. pág. 515, acentua que:

"Os honorários são devidos ainda que o ato impugnado tenha sido revogado" (RDA - 123/290 maioria de votos).

A vigente Constituição Federal, no seu artigo 50, LXXIII, prevê a condenação do autor da ação popular nas penas da sucumbência, quando comprovada a má-fé e nada dispõe sobre a condenação ou não do réu, nos honorários de advogado. Como esta condenação é prevista pelo artigo 12 da citada Lei 4.717/65, houve o fenômeno da recepção. Assim, é a própria constituição que permite a condenação do autor ou do réu, em honorários advocatícios, na ação popular e na ação civil.

Com todo o respeito à nossa Suprema Corte, ousamos discordar da citada Súmula 512, editada há mais de 21 anos, já à época com sérias resistências dos votos vencidos dos Eminentes Ministros Amaral Santos, Relator, Adauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, conforme se verifica na sua decisão plenária no RE nº 61.097-SP (RTJ 51/805), que serviu de base à súmula.

É inegável já existirem fundadas reações da doutrina e da jurisprudência ao princípio estabelecido na referida súmula. Existem decisões dos Tribunais de Justiça, conforme se verifica no Código de Processo Civil Anotado de Alexandre de Paula, vol. I, 3ª ed. recente, pág. 197. O extinto TFR na AMS nº 81.566-RJ, Rel. Eminente Min. Washington Bolívar, DJ de 21.05.79, entendendo ser cabível a condenação no mandado de segurança, de honorários de advogado. Igual decisão foi proferida na AMS nº 82.113-MG, com o mesmo Relator, DJ de 20.06.79.

Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.

Por estar convicto de ser o mandado de segurança uma ação civil, uma causa com partes onde, com a sentença, haverá sempre vencido e vencedor, não tenho dúvida de se aplicar a ele a condenação em honorários advocatícios, mesmo porque, quando no artigo 20, § 40, o legislador fala em condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado, não faz qualquer ressalva e muito menos para a ação de mandado de segurança.

Tem razão Barbosa Moreira quando afirma que:

“Se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele existe ação e, a fortiori, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados - então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, af, a condenação em honorários. Ela parece refletir unicamente a subsistência mal disfarçada, e a esta altura incompreensível, de velhos preconceitos que se

costumavam opor ao reconhecimento da cidadania processual do mandado de segurança" (págs. 58/59).

Voto-Vencido

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: Sr. Presidente, o meu ponto de vista é conhecido. Tenho manifestado reiteradamente o meu apoio à Súmula no 512, do egrégio Supremo Tribunal Federal, mesmo porque o mandado de segurança tem procedimento disciplinado em lei específica, a de nº 1.553/51, e não faz nenhuma referência à condenação em honorários advocatícios. O STF, através de sua jurisprudência sumulada, tem estreitado, em vezes seguidas, a discussão de certas matérias, no âmbito do mandado de segurança, em descompasso com a Lei nº 1.553. Ao mandado de segurança, não se pode aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

O que se aplica, ao mandado de segurança, são os princípios de processo civil.

Com vênia do Nobre Relator e de V. Exa., dou provimento ao recurso para excluir a condenação.

É como voto.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênia ao Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo para acompanhar o Eminentíssimo Relator.

Voto-Vencido

O Sr. Ministro Milton Pereira: Sr. Presidente. Peço vênia ao eminentíssimo Ministro Relator para acompanhar o voto do eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo.

Certidão de Julgamento**Primeira Turma**

Pauta: 11.11.92 Julgado: 11.11.92

Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha

Revisor: Exmo. Sr. Ministro

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira

Subprocurador-Geral da República: Exma. Sr^a Dr^a Edylcea Tavares
N. de Paula

Secretária: Maria do Carmo Pedrosa Moura

Autuação

Recte.: Estado do Rio Grande do Sul

Adv.: Ricardo Koch

Recdo.: Ivete Pereira Teixeira

Adv.: Eduardo Marioti e Outros

Certidão

Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de novembro de 1992.

Secretária

A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de novembro de 1992.

Secretária

Ementa publicada no DJUI de 12.04.93, p. 6.053.



9P PUKAMP