

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica



Volume 20 - Número 2 - 2004

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER *

Dom Bruno Gamberini

MAGNÍFICO REITOR

Prof. Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Prof. Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Prof. Marco Antonio Carnio

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Dra. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Dra. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DO CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

Prof. Pe. Paulo Sérgio Lopes Gonçalves

DIRETORA ADJUNTA DO CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS

Profa. Maria Saleta Zulzke Trujillo

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Prof. Renan Severo Teixeira da Cunha

Prof. Heitor Regina

Prof. Valdeci dos Santos

Prof. André Nicolau Heinemann Filho

Prof. Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5816
CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, SP
E-mail: pos.direito@puc-campinas.edu.br

Revista Jurídica

Revista Jurídica	Campinas	v. 20	Nº 2	p. 1-80	2004
------------------	----------	-------	------	---------	------

ARTIGOS

Reexame necessário da sentença: jurisdição e princípios constitucionais Vera de Arruda Rozo Cury	5
Da importância do cumprimento do princípio do devido processo legal nos tribunais administrativos e judiciais Wilson Roberto Mateus	15
Direito constitucional à democracia participativa: conselhos deliberativos de políticas públicas da infância e adolescência Marcelo Aversa	35
Reflexões sobre o benefício da justiça gratuita Artur Marques da Silva Filho	47
Associações, Sociedade e Fundações José Raul Gavião de Almeida	53
Inclusão social pelo trabalho – novos paradigmas da negociação coletiva Henrique Macedo Hinz	57
O crime e a terceirização Manoel Carlos Toledo Filho	63
Breves considerações sobre a ação declaratória incidental Ricardo Ortiz Camargo	65
Descumprimento de decisão cautelar Nelson de A. Noronha Gustavo Junior	69
O código do contribuinte do estado de São Paulo André Luís Firmino Cardoso	75

RESENHAS

O trabalho científico em construção: um método para pesquisas científicas Samuel Mendonça	77
Experiência e liberdade Nelson Rodrigues Martelini	79

REEXAME NECESSÁRIO DA SENTENÇA: JURISDIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Vera de Arruda Roza CURY¹

INTRODUÇÃO

A inafastabilidade do controle Jurisdicional prevista na Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXV, o princípio do direito de ação segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, traduz o direito que todos têm do acesso à justiça. Dessa maneira, o Estado tem o dever de garantir aos cidadãos e estrangeiros o livre acesso ao Judiciário. Deverá proporcionar-lhes a tutela jurisdicional até mesmo contra o Estado, sendo que o direito de ação consiste num direito subjetivo à sentença, quando a pretensão do autor terá sido plenamente realizada quer seja a favor ou não, haja vista que a garantia constitucional do direito de ação não induz, necessariamente, que seja prolatada uma sentença favorável ao autor e ou sentença de mérito, quando ausentes as condições da ação e os pressupostos processuais tidos como limitadores do princípio do exercício de ação.²

O acesso à justiça e à instrumentalidade processual assume uma posição receptiva na maioria dos Estados, os quais buscam uma melhor adequação de seus ordenamentos aos conceitos modernos próprios do sistema jurídico, como um todo, deixando de lado as posições tradicionais adversas à modernidade.

Analizamos neste trabalho o estudo da jurisdição, ressaltando o paradoxo do reexame necessário de sentença na reforma do Código de Processo Civil

ocorrida no Brasil com o advento da Lei 10.352/2001, tendo em vista proporcionar maior efetividade ao processo, sem, contudo, alterar a estrutura do código, buscando soluções que abrandassem o retardamento da tutela jurisdicional.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Na história do processo, constata-se a existência de três fases fundamentais: a primeira fase traduziu-se como meio de exercício de direitos sem considerar-se o direito processual como um ramo autônomo do direito; a segunda, autonomista ou conceitual, admite processo como um instrumento técnico que se destina à realização do direito material, relegando a um segundo plano os resultados advindos em decorrência da boa ou má qualidade da justiça empreendida; a terceira fase, hoje vivenciada pelo processo brasileiro, a qual é intitulada instrumentalista, organiza-se de uma forma mais crítica, procede a uma análise do processo por um ângulo externo, preocupando-se com os resultados em face de seus partícipes, como de consumidores do serviço prestado pelo Estado³. Consequentemente, nesta última fase busca-se o aprimoramento do serviço judicial, observando-se um menor formalismo, atribuindo ao processo uma função social, buscando uma maior interação entre o social, o político e o jurídico debruçando-se sobre os escopos da jurisdição⁴.

(1) Professora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito Civil e Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutora em Educação pela Universidade Estadual de Campinas.

(2) CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Artigo 267, VI – “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. Artigo 267, IV – “quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

(3) ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.42-43.

(4) DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 154

A moderna processualística faz referência à tutela constitucional do processo, visando a uma integração nos institutos processuais dos princípios constitucionais com o intuito da observância dos valores constantes na Constituição Federal. Por este ângulo referimo-nos ao acesso à justiça, ao acesso à ordem jurídica justa como consta da boa doutrina, retratando a preocupação daqueles que operam com o direito em vista das possibilidades de acesso a todos a um processo justo e efetivo⁵.

Com base nessas constatações, observa-se que a tutela jurisdicional vem assegurada por meio do exercício do direito de ação, em conformidade com a ordem constitucional, e, de acordo com processualistas como Watanabe⁶, o texto constitucional assegura para o autor uma tutela qualificada, voltando-se contra toda e qualquer forma de denegação da justiça, consistindo para ele, como também para Cichocki Neto, uma garantia efetiva dos direitos fundamentais do homem, sendo necessária a criação de “mecanismos adequados e aptos para realizar o direito material, a ser reconhecido ou que já foi ao litigante”⁷. O mesmo posicionamento é adotado por Lopes⁸ quanto à adequação da aplicação da norma aos princípios constitucionais.

A moderna visão do processo, inserida na corrente da instrumentalidade possibilita a efetividade do processo na medida em que

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetivação do processo, a qual constitui expressão resumida na idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os escopos institucionais⁹.

Intimamente relacionada com a jurisdição, a garantia de efetividade do processo estará assegurada se a jurisdição atingir os escopos jurídicos, incluindo os escopos sociais e políticos.

O direito material passa a ligar-se ao direito processual numa complementaridade no sentido de busca da justiça, visto que as

relações entre um e outro são intensas e o perfeito conhecimento do processo depende da correta identificação desse nexo. Basta dizer que, se a relação substancial versar direitos disponíveis, a parte pode, mediante transação, renúncia ou reconhecimento do pedido, dar causa à extinção do processo¹⁰.

A expressão revisitar o sistema processual é usada pelos processualistas possuidores de uma visão moderna do processo, a fim de buscar uma reavaliação do sistema processual, traduzindo uma nova visão da jurisdição, da ação e do processo. A jurisdição, em razão de seus novos escopos, sem se vincular exclusivamente ao judiciário e à jurisdição voluntária como atividade jurisdicional; a ação e o processo conceituados tendo em vista a ordem constitucional, permite que se afirme que a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional significa assegurar o acesso em juízo, somado ao fato de ofertar uma tutela efetiva aos interesses juridicamente protegidos¹¹.

O processo civil brasileiro tem sido alvo de inúmeras alterações, modificações, inserções e visitações, graças às inúmeras leis que alteram o Código de Processo Civil, mas como salienta Lopes, trata-se de um processo e não de uma obra acabada, um passo “importante no longo caminho da agilização, desburocratização e simplificação”¹².

JURISDIÇÃO

Atemo-nos, neste momento, ao estudo da jurisdição, tendo em vista que no Estado moderno a afirmação de direitos e a eliminação de conflitos são conceitos inerentes ao próprio conceito de Estado. Esses fatos aconteceram com as alterações sofridas na noção

⁽⁵⁾ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.8. WATANABE, Kasuo. *Controle Jurisprudencial e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

⁽⁶⁾ WATANABE, Kasuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p.27.

⁽⁷⁾ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998, p.69.

⁽⁸⁾ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, 19-24.

⁽⁹⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270.

⁽¹⁰⁾ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

⁽¹¹⁾ Veja-se: José Carlos Moreira, José dos Santos Bedaque, Cândido José Dinamarco, quando se referem a uma reavaliação do sistema processual atual, tendo em vista a realidade presente em nosso meio.

⁽¹²⁾ LOPES, João Batista. *Aspectos da Ação Monitoria*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, p. 74, 1996.

de Estado que evoluiu na história permitindo que ele adquirisse maior independência, que seu poder se acentuasse, dando início à justiça pública por meio das atividades atribuídas aos juízes, denominada jurisdição.

Exponentes processualistas manifestaram-se sobre a jurisdição. As doutrinas de Carnelutti, Chiovenda, Marinoni constituíram-se em teorias com enfoques diferenciados. Carnelutti referia-se à jurisdição como justa composição da lide, na tentativa de definir o ato jurisdicional numa visão prática, ou seja, atentando para o que serve o ato jurisdicional e não para o significado de um ato jurisdicional¹³.

Chiovenda já estabelece que a jurisdição é função do Estado, tendo em vista a atuação concreta da vontade da lei, quando então, a atividade privada é substituída pela pública, que se dá de duas maneiras: cognição e execução. Na primeira forma a substituição acontece na atividade intelectual, passando essa atividade da parte para a atividade do juiz; na segunda, execução, a substituição ocorre em decorrência da atividade material exercida pelo Estado.

Dessa maneira, teríamos uma desvinculação do direito processual do direito material, tendo em vista a autonomia do processo. Faz-se presente, no entanto, uma tutela adequada, considerando-se valores presentes com base no amparo constitucional dos valores previstos.

Cumpre-nos, no entanto, levar em consideração a função jurisdicional, a prudência jurídica como um ato de vontade que se volta para a realidade, que tem seus reflexos na sociedade decorrente da função exercida pelo juiz, com direitos e deveres a serem cumpridos, os quais são realizados tendo em vista a ordem social, inserindo o juiz numa realidade sobre a qual atua, resultando na sua responsabilidade sobre o que e como decide. Destarte, o direito material, o direito formal instrumental, a função jurisdicional devem buscar a justiça, numa conjugação de valores. Não haveria como desvincular o direito material do direito processual, considerando a autonomia deste, bem como sua desvinculação da vida social, que se modifica em relação a seus próprios valores e conceituação do justo.

Da mesma maneira como a teoria exposta por Carnelutti sofre críticas, a de Chiovenda também é contestada tendo em vista que a jurisdição tem como finalidade aplicar a lei de acordo com o direito vigente, próprio da época, o qual se modifica ao longo do tempo e, conseqüentemente, a natureza da jurisdição¹⁴.

Ao estudarmos a questão da jurisdição, temos em mente o Poder Judiciário, e nos esquecemos da Constituição Federal a qual prevê que o Senado Federal tem competência privativa para julgar tanto o Presidente como o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, inciso I.

Ainda, a Lei 9.307 de 1996, Lei da Arbitragem, permite que as pessoas desde que capazes de contratar postulem de acordo com a mesma quanto aos litígios que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, ficando claro nos artigos 18 e 31 a natureza jurisdicional atribuída à arbitragem.

Nem todos os autores, no entanto, comungam o mesmo entendimento, como, por exemplo, Marinoni e Arenhart que se insurgem contra essa posição, assinalando uma grande diferença entre a função exercida pelo árbitro e a exercida pelo juiz, uma vez que, quando a jurisdição for qualificada, "olhando para o poder do Estado, é claro que a atividade dos árbitros não pode ter natureza jurisdicional, pouco importando que tal atividade possa conduzir à pacificação social"¹⁵.

Na verdade, essas discussões traduzem ainda um certo formalismo, quando se esquecem da necessidade de métodos alternativos extrajudiciais para a solução de conflitos de interesse. Se a lei permite ao árbitro proferir sentença com eficácia de título executivo extrajudicial, afastando-a da necessidade de homologação pelo juiz togado, não se há de falar em ausência de jurisdição, mesmo porque aqueles que buscam resolver seus litígios por meio da jurisdição arbitral, fizeram-no por escolha e não porque lhes fosse negado o acesso à justiça, inexistindo, pois, ofensa ao princípio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Acreditamos que o direito coincida, cronologicamente com o nascimento do homem e da sociedade, no entanto não poderá "ser compreendido senão em função

(13) MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 89. SILVA, Ovidio Araújo Batista da et al. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997, p. 68.

(14) MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p. 93.

(15) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001, p. 28.

da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana”¹⁶.

Da mesma maneira como Dinamarco, cumprenos acatar a convivência com as novas realidades, criticá-las honestamente e, no sentido construtivo, fazer uma nova leitura dos “velhos institutos segundo as novas premissas” que se nos apresentam. “É uma questão de mentalidade voltada para o futuro e para a modernização”¹⁷. É uma questão cultural.

O Direito moderno, observada a corrente da instrumentalidade do processo, enseja aos operadores do direito a busca da garantia da efetividade processual, que está internamente ligada à jurisdição, a qual, por sua vez, tem que, para tanto, atingir o seu escopo tanto jurídico, como social e político.

Não podemos nos esquecer das cláusulas constitucionais, que, no Brasil deixa transparecer a idéia de justiça, ressaltando o devido processo legal, vinculando as normas processuais à noção de justiça, ressaltando seu objetivo de assegurar a justiça a seus cidadãos, consagrando-o no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal:

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

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

ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

A preocupação maior no momento atual diz respeito à modernização, à criação de mecanismos e ou institutos novos, que viabilizem o acesso do cidadão à justiça, no sentido expresso por Watanabe quando afirma que “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

A realidade fática social não mais se ajusta à atual estrutura institucional, visto que o juiz, ao decidir, não deve buscar apenas o certo e o errado conforme o texto legal, mas, sim, verificar se “o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados”¹⁸.

Diante desses enfoques, a doutrina processual moderna preocupa-se com o acesso à ordem jurídica justa e não com o acesso de todos ao Judiciário, bastando ao direito posturas técnicas diante dos conflitos que se apresentam, tanto individuais, como de massa e até mesmo transnacionais.

Deve ser levado em conta, portanto, a acessibilidade ao sistema para todos os indivíduos, sem exceção, bem como a obtenção de resultados justos, tanto no âmbito individual como social.

Quando nos referimos aos escopos políticos da jurisdição, voltamo-nos àqueles que correspondem aos fins políticos traduzidos pela afirmação do Poder do Estado para decidir e em impor decisões; para manter vivo o valor das liberdades políticas e para assegurar a participação do povo nos direitos do Estado Nação.

Da mesma maneira, o Estado exercitando a jurisdição, não deve esquecer-se do seu objetivo principal, o qual é justificador da sua atuação na solução de conflitos, solução que consiste na busca do bem comum e da justiça, tendo em vista a pacificação. Trata-se de uma maneira por meio da qual, e em decorrência da justa solução da lide, o Estado elimina as insatisfações sociais, gerando uma segurança jurídica, complementando-se com a educação jurídica, fazendo com que o cidadão sinta-se confiante quanto ao exercício da jurisdição.

Dessa maneira, o Estado apresenta-se como meio constitucionalmente legítimo no que diz respeito à realização da justiça, na pacificação dos conflitos intersubjetivos.

Ao nos referirmos aos escopos jurídicos, verificamos que o exercício da jurisdição liga-se à idéia de processo, devendo este alcançar resultado eficaz, observados os valores constitucionais, permitindo que o acesso à justiça torne-se uma realidade em face do Estado Democrático de Direito, do que decorre uma sociedade livre, participativa e solidária, distancian-do-se da individualidade.

Esse escopo jurídico não tem a finalidade única da composição da lide, por uma visão formalista quanto a aplicação da norma, mas volta-se para a validade da vontade intrínseca ao Direito, somando-se o conhecimento técnico do juiz à sua visão interpretativa da lei, frente aos valores sociais, econômicos e políticos de uma dada realidade cultural.

⁽¹⁶⁾ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

⁽¹⁷⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 7.

⁽¹⁸⁾ WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: RT, 1980. **Da cognição no Processo Civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

Para Marinoni, outro escopo da jurisdição vem a ser a educação tendo em vista o exercício do direito, pois

*o fator cultural principalmente nos países subdesenvolvidos, agrava de forma substancial o problema do acesso à justiça, seja pelo fato de os cidadãos desconhecerem os seus direitos, seja, ainda, porque muitos não confiam nos advogados e no próprio Poder Judiciário, Além disso, a essa dificuldade pode somar-se a questão psicológica, inibindo, definitivamente o acesso à justiça*¹⁹.

Daí a inclusão, no do escopo jurídico, dos escopos políticos e sociais, em razão dos vários objetivos presentes na jurisdição.

Dessa maneira, cabe ao Estado uma prestação efetiva dos direitos individuais, coletivos e difusos, inserindo-se na efetividade a validade, vigência e eficácia; responder à pretensão do autor, direito material, concedendo-lhe um direito efetivo tutelado pela ordem estatal, proteção essa que deve ser concedida em tempo útil, a permitir “a adequação temporal, ou da justiça temporalmente adequada” já que uma justiça quando tardia é a própria denegação da justiça.²⁰

REFORMA PROCESSUAL CIVIL: ARTIGO 475

Trata o artigo 475 do Código de Processo Civil brasileiro da remessa obrigatória ao segundo grau de jurisdição de sentenças prolatadas em primeiro grau. O instituto teve sua origem na época Medieval, anteriormente denominado de “apelação *ex officio*”. Historicamente, decorreu dos poderes amplos, atribuídos ao magistrado no período do processo inquisitório, buscando limitar os poderes advindos daquele processo

A nova reforma do Código Civil Brasileiro sofre um segundo “movimento orgânico” nos anos de 2001 e 2002, decorrente das Leis 10.352, 10.358 e 10.444, as quais inovaram e aprofundaram significativamente todo o sistema, trazendo nova luz à reforma realizada nos anos de 1994 e 1995.

A Lei 10.352 de dezembro de 2001 vem alterar os dispositivos da Lei 5.869 de janeiro de 1973, abordando os conteúdos dos recursos e do reexame

necessário. São várias as posições quanto ao teor da lei. Nos atemos apenas ao reexame necessário, previsto no artigo 475 do mesmo repositório legal:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – que anular o casamento;

II – proferida contra a União, o Estado e o Município;

III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art.585, VI).

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.

Quanto ao artigo 475 foram realizadas modificações ditas substanciais em dois aspectos no caso do reexame obrigatório: o valor da causa e a fundamentação da sentença baseada em jurisprudências pacíficas e súmulas dos Tribunais Superiores.

Quanto ao valor da causa, este não estava previsto anteriormente, não havia uma pré fixação, e as causas, mesmo com valores insignificantes, eram todas remetidas para reexame pelo Tribunal Superior.

Após a reforma constatamos a inserção do § 2º ao artigo 475, ora transcrito e referente ao valor mínimo já mencionado:

§ 2º – não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência de embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor

Considerando que o reexame necessário diz respeito à eficácia da sentença, a análise do valor de 60 salários mínimos, hoje cotado em R\$ 260,00, deverá ser feita no momento em que a sentença for prolatada, após o julgamento do feito.

A nosso ver, a fixação do valor estipulado é irrisório, e não impedirá um número significativo de remessa aos Tribunais, não trará, inclusive, alívio para a sobrecarga dos processos nos Tribunais.

⁽¹⁹⁾ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.99

⁽²⁰⁾ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedine, 1992.

No mesmo texto foi incluído, ainda, o § 3º, não se aplicando a remessa obrigatória de acordo com o fundamento da sentença:

§ 3º - Também não se aplica o dispositivo neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

No caso, salienta-se súmula do STF, de Tribunais superiores e ou jurisprudência do plenário da Excelsa Corte.

Note-se que a súmula aqui referida não diz respeito a súmula vinculante, não vinculando, portanto, o julgador ao seu teor para decidir. A súmula ora mencionada só irá servir de parâmetro para a remessa ou não, o que deverá ser feito após o julgamento, livre de qualquer influência na atividade cognitiva do juiz.

Com relação a jurisprudência, entenda-se a jurisprudência dominante, visto que a alusão é feita à jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal, pacífica e preponderante. Caso a jurisprudência não reflita o entendimento do momento, impõe-se a remessa obrigatória.

Orione Neto faz referência a alguns autores como Sérgio Bermudes, Carvalho Neto e José Eustáquio Cardoso, os quais seriam adeptos de que a remessa obrigatória contempla e identifica-se com a apelação *ex officio*, contrariando a doutrina majoritária, que não atribui à remessa obrigatória a “qualidade de recurso”, mas de “natureza jurídica de condição de eficácia de sentença”, de acordo com Nery Júnior²¹. A sentença existe, é válida, mas seus efeitos ficam sujeitos ao julgamento da instância superior, podendo assinalar que não se trata de recurso, na medida em que nela inexistente a “voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade”, bem como o preparo, pressupostos estes para a admissibilidade dos recursos, tratando-se pois, de condição de eficácia das sentenças.

Uma das hipóteses elencadas após a reforma do artigo 475 do Código de Processo Civil, ora estudado, disse respeito à exclusão da obrigatoriedade da remessa da sentença ao segundo grau, quando se tratasse de sentenças anulatórias de casamento, como justificado na Exposição de Motivos do Projeto de Lei 3.474, resultando na Lei 10.353/2001, “pois o reexame necessário não mais representa qualquer sentido, em

sistema jurídico que passou a admitir o divórcio a vínculo”.

No Brasil, admite-se o divórcio, que pode ser concedido aos cônjuges quando o desejam, mesmo em desacordo ou, ainda, pelo decurso do tempo quando da separação de fato. Verificamos em decorrência desses fatos que a valoração dada ao casamento na atualidade não se coaduna com o pensamento medieval, uma vez que tal imposição, a remessa obrigatória, deveria ter sido excluída desde 1977 com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515). Acrescente-se que, em decorrência de inconformismo da parte, a apreciação da sentença que decretou a anulação do casamento só será possível por meio do recurso de Apelação, encaminhado ao tribunal competente de acordo com o artigo 499 do Código de Processo Civil.

O antigo inciso II do artigo 475, recebe nova redação, que vem, atualmente, a ser contemplada no inciso I do mesmo artigo:

Artigo 475 - ...

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Revela notar que o antigo inciso II só contemplava a União, o Estado e o Município e com a alteração ocorrida passa a proteger as autarquias e fundações públicas, equívoco esse já anteriormente corrigido pela doutrina e jurisprudência, mesmo já equiparando o Distrito Federal a Estado. Excluem-se do dispositivo as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Ao estender a obrigatoriedade às autarquias e fundações de direito público, amplia-se o campo da remessa oficial, que, a nosso ver agrava a situação, reduzindo a efetividade do processo, distorcendo a noção de instrumentalidade processual ora perseguida.

Ressalte-se também que o benefício ora concedido diz respeito a uma única parte, a Fazenda Pública, não em razão da matéria, mas decorrente da qualidade da pessoa.

Avalie-se o antigo inciso III que hoje equivale ao inciso II da nova lei, artigo 475:

III – que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

⁽²¹⁾ NERY Jr., Nelson. **Princípios fundamentais. Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: R.T., 2000, p.60.

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Verifica-se, pelo exame dos incisos, que o legislador efetuou uma correção antes grosseira existente no teor do inciso III (antigo), retirando do texto “improcedente a execução”, como se fosse possível julgar-se improcedente uma execução, pois já instruída com título atributivo de liquidez, certeza e possibilidade de ser exigido. No inciso II (novo), lembra o legislador que, na execução, o processo de conhecimento tem início com a propositura dos Embargos, podendo desconstituir a presunção, e estes é que são julgados. Daí a afirmação de que estará sujeita ao duplo grau de jurisdição aliás, obrigatoriamente a sentença “que julgar procedente, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa Da Fazenda Pública”. Dessa maneira, contempla-se também a procedência parcial dos embargos para apreciação no duplo grau de jurisdição.

No antigo texto do parágrafo único do artigo 475, hoje § 1º, afirmava-se que o Presidente do Tribunal poderia, ou não, avocar o processo, quando não houvesse a remessa. Hoje, a regra tornou-se imperativa, obrigando-se o Presidente do Tribunal a avocá-los:

§1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

Dessa maneira, estará o Presidente do Tribunal rejugando as hipóteses contidas nos incisos I e II do artigo 475, como vem sendo analisado.

Orione Neto retrata muito bem essa situação, embasando-se em Dinamarco, que se manifesta com o fito de ser a avocação um ato de natureza

meramente administrativo, de competência do presidente do tribunal competente para julgar os recursos referentes à causa. Se o juiz não determinar a remessa ao tribunal, se o presidente deste também não impuser a avocação e se a Fazenda nada postular a respeito no prazo de prescrição do seu direito, dar-se-á a prescrição intercorrente, que é uma imperativa sanção à inércia processual²².

A esse rejudgar cabem inúmeras considerações às quais nos atemos neste momento. Temos presente,

dentre nosso ordenamento sumular, a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça, dispondo ser defeso no reexame obrigatório o agravamento da condenação dirigida à Fazenda Pública.

Trata-se do entendimento da maioria que afirma que se o reexame resultar em agravamento da sentença prolatada em primeira instância, irá contra o próprio instituto, visto que ao reexame cabe tão somente a verificação, a reanálise da parte ou do todo em que saiu perdedora a Fazenda Pública, tendo em vista sua correção para menos e tão somente, quando possível²³.

Nery Júnior posiciona-se em sentido contrário, pois admite que

*não havendo recurso por parte do interessado, pode o tribunal, v. g., modificar a sentença agravando a posição da Fazenda Pública, pois o reexame necessário não foi criado para proteger descomedidamente os entes públicos, mas para fazer com que a sentença que lhe fora adversa seja obrigatoriamente reexaminada pelo órgão de jurisdição hierarquicamente superior*²⁴.

Em que pese a opinião de Nery Júnior, os fatos dão-se em sentido contrário, na maioria das vezes, não agravando as sentenças emitidas contra a Fazenda Pública, acarretando sempre um privilégio para os entes públicos, postando-se ao lado dos inúmeros outros privilégios gozados pela Fazenda Pública, como por exemplo, a dilação dos prazos a ela concedida, e constante do artigo 188 do Código de Processo Civil – quádruplo para contestar e dobro para recorrer – o que determina a lastimável morosidade processual.

Em rápidas linhas, traçamos os privilégios concedidos à Fazenda Pública, no que diz respeito ao instituto da remessa necessária.

Como já vimos, no Direito moderno, o processo civil não pode resultar em um descompasso com os princípios constitucionais ou com os valores ditados pela Carta Magna. A partir de 1988, o princípio da isonomia em face da lei, veio consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, quando, no caput do artigo fica preceituado que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção; e no inciso XXXV assegura-se a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade

⁽²²⁾ ORIONE NETO, Luiz. Ob. Cit. P. 248.

⁽²³⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 485.

⁽²⁴⁾ NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos**. São Paulo: RT, 1997.

de, já anteriormente prevista na Constituição Federal de 1946, artigo 141, §4º.

De acordo com Silva, o princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade, traduz-se pelo “princípio da proteção judiciária”, constituindo a maior garantia atribuída aos direitos subjetivos. Da mesma maneira, o autor ressalta em sua obra, dois aspectos relativos ao princípio da igualdade jurisdicional, de suma importância para este breve estudo: impedimento imposto pelo juiz em fazer distinção entre situações iguais quando da aplicação da norma, e, como segundo aspecto, a proibição dirigida ao legislador quanto ao fato de editar leis que permitam tratamento desigual em situações iguais, e ou, tratamento igual em face de situações desiguais, levando-se em conta a justiça.

Verificamos que são inúmeros os privilégios processuais, ou melhor, as prerrogativas por serem concedidas por lei à Fazenda Pública, e indagamos até que ponto tais privilégios podem ser estendidos sem ferir o princípio da isonomia?

No caso da remessa obrigatória, poderíamos considerá-la como garantia necessária e absoluta, tendo em vista os interesses públicos, os interesses da coletividade? E o princípio da proporcionalidade?

Dinamarco posiciona-se afirmando que o tratamento dado pelo processo civil brasileiro ao Estado caracteriza-se por ser totalmente incompatível com a garantia constitucional da isonomia, mesmo zelando pelo interesse público e

o que preocupa é o exagerado desequilíbrio antiisonômico instituído em nome desse zelo e desse interesse geral, que vem conduzindo o sistema processual a deixar os adversários da Fazenda ou do Ministério Público em situações inferiorizada no processo, a dano dos pilares do processo justo e equo²⁵.

Dando continuidade ao seu pensamento, volta-se ao duplo grau de jurisdição, o qual “põe o Estado em situação manifestamente mais cômoda que os particulares, além de apoiar-se no falso pressuposto da incapacidade processual, desleixo, ou mesmo corrupção generalizada entre os procuradores estatais”.

Não podemos deixar de lembrar que não se obtém justiça, tendo em vista o justo, sem que ocorra uma solução jurisdicional do Estado, e esse fato leva-nos à

questão de a jurisdição ser indeclinável, isto é, não poder ser transferida, haja vista o princípio do juiz natural.

CONCLUSÃO

A remessa obrigatória traduz-se por um instrumento medieval que gera um grande congestionamento de processos nos tribunais, o que, a nosso ver, é lamentável e desastroso. Tal situação contraria posições que acatam, como um grande avanço, essa questão, em razão da Lei 10.352/2001, estabelecendo, ainda, uma proteção ao Poder Público. Com isso, direitos e garantias individuais vêm-se afetados, inclusive o princípio da isonomia previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso I:

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

seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

A proposição acima declara que a proteção dos direitos materiais deverá ser prestada com a maior igualdade possível, tendo em vista o bem comum. O Poder Judiciário, por meio do processo judicial assegura indistintamente a proteção jurídica aos seus jurisdicionados, mantendo-se presente no âmbito do judiciário o princípio da isonomia. Cabe às partes militantes tratamento igual, não se justificando o favorecimento do Estado, em face da regra contida no artigo 475 do Código de Processo Civil.

Acrescente-se que a Súmula 45 do STJ, veda a *reformatio in pejus* quando diz respeito ao dano relativo a entes estatais, impedindo dessa forma decisão menos favorável à Fazenda Pública em segundo grau, absorvendo o princípio próprio dos recursos, o que a remessa não faz. O valor estipulado de 60 salários, conforme aqui já expresso, para inibir a remessa obrigatória (R\$14.400,000) é irrisório, provavelmente inferior a qualquer condenação.

Cremos que a remessa obrigatória, como demonstrado, afronta o princípio da efetividade, da economia processual, da celeridade, da igualdade das

(25) DAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 210/212.

partes, distanciando-se da instrumentalidade processual, razão por que deveria ser retirada do nosso Código de Processo Civil, na medida em que erige o Estado em parte superpoderosa, ferindo o direito de isonomia tal como é previsto pela Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedine, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Aspectos da ação monitória**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 732, p. 74, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **et al. Manual de processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001.

MOREIRA, Alberto Camiña *et al.* **Nova reforma processual civil comentada**. São Paulo: Método, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais**. Teoria Geral dos recursos. São Paulo: RT, 2000.

RAGONE, Álvaro J. D. Perez, Curitiba: Gênese, 15, janeiro/março, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da *et al.* **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997.

WATANABE, Kasuo. **Da cognição do processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais**. São Paulo: RT, 1980.

DA IMPORTÂNCIA DO CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Wilson Roberto MATEUS¹

SUMÁRIO

O trabalho tem por meta fazer um estudo sobre o princípio do devido processo legal, sua evolução e características marcantes como garantia fundamental, abarcando questões históricas, inclusive contemporânea, e a adoção explícita no direito constitucional brasileiro.

Palavra-chave: Devido Processo Legal.

ABSTRACT

The work has the purpose to study the principles due process of law, its evolution and remarkable characteristics, as a essential guarantee, that includes historical matters, as well as its implicit adaptation by Brazilian Constitutional law.

Key work: Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a fazer considerações sobre o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, ou ainda, *nulla poena sine judicio*, com o fito de destacar a sua importância como garantia individual fundamental, e a sua conseqüente incidência sobre o processo judicial e administrativo.

Na verdade, a doutrina é pacífica em afirmar que todos os outros princípios decorrem do devido processo legal, pois é o processo o instrumento de tutela do direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, à motivação das decisões judiciais etc.

Tal afirmação, colocando o devido processo legal como berço dos demais princípios, não chega a ser exagero, eis que, como veremos, está intimamente ligado à liberdade e a proteção que o indivíduo goza de ter, no processo, o mesmo tratamento do Estado, ou seja, “a generalidade da norma jurídica deve conduzir à igualdade perante a lei, porém também a equal protection of law”, tal seja, a igualdade na lei”².

Assim, quando o Estado julga, ou mesmo quando conduz um processo administrativo, o faz nos limites do *due process of law*, abstendo-se da arbitrariedade, procurando administrar a Justiça para todos,

⁽¹⁾ O Autor é Responsável por Equipe Técnica do E.TCESP, Advogado, Especialista em Direito Constitucional pela PUC-Campinas, Professor das Faculdades de Valinhos.

⁽²⁾ Lúcia Valle Figueiredo, *Estado de Direito e Devido Processo legal*, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>

indistintamente, com fundamento nos princípios mais elevados como a liberdade e a igualdade.

Na verdade, como se verá fartamente, todos os princípios processuais têm berço no *due process of law*, porque a decisão que careça de devida motivação³, é nula, pois não se amolda ao processo democrático⁴.

E assim sendo, demonstraremos a incidência do princípio junto aos processos administrativos, eis que a Administração não se pode furtar do cumprimento do raciocínio constitucional de que o cidadão deve ter assegurados seus direitos fundamentais, em face da explícita determinação na Carta Maior.

Também não se presta aqui, à apologia de delongas processuais, formalismos exacerbados, os quais somente se prestam a desacreditar no sistema.

Aliás, sobre a demora na prestação jurisdicional, já se arvorava o grande jurista Rui Barbosa⁵, aconselhando:

Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vazo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa a desmenda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos.

Mas a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

⁽³⁾ Brasil. Constituição Federal/88.

"Art.93 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

⁽⁴⁾ BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba – Apelação Cível nº 96.002470-8 da Comarca da Capital – Relator Des. Plínio Leite Fontes, julgada em 12.12.96.

⁽⁵⁾ Rui BARBOSA. *Oração aos Moços*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, ps. 36/37.

⁽⁶⁾ Brasil. Código de Processo Civil.

"Art.250 – O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único – Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa".

⁽⁷⁾ Manuel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1985, p.11.

⁽⁸⁾ Ruy Rebello Pinho; Amauri Mascaro Nascimento. *Instituições de Direito e Noções de Ética Profissional*, São Paulo: Atlas, 2002, p.74.

No mesmo sentido de desapego às formalidades incipientes está o princípio *Pas de Nullité Sans Griet*, ou seja, somente haverá anulação de um processo, ante a uma falha processual, em havendo prejuízo manifesto.

Neste norte também está nosso Código de Processo Civil⁶, pelo Princípio da Instrumentalidade das Formas, porque o interesse, ou o valor contido, é pela fiel observância a um processo que garanta a observância dos direitos básicos das partes, inclusive, perante o Estado.

I – DOS PRINCÍPIOS

1.1. Dos Princípios Constitucionais

Constituição, em conceito amplo, é a organização de alguma coisa.

Aplicado ao Estado, Constituição significa a organização fundamental, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica.

Por organização jurídica, entende-se "conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do Poder, ao modo de aquisição e exercício do Poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação"⁷

Constituição pode ser definida como:

*"conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam a própria existência do Estado Moderno, sua forma, estrutura e funcionamento dos seus órgãos, o modo e os limites do exercício de sua soberania, seus fins e interesses fundamentais e do Estado brasileiro em particular"*⁸.

A idéia é de que a Constituição deve ser entendida como um conjunto de regras e princípios de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico e que tem por fim organizar e estruturar o poder político, além de definir os seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão⁹.

A Constituição é um sistema normativo aberto, e portanto, dinâmico.

Contudo, há normas constitucionais que mais se aproximam das do direito comum, isto é, daquelas normas que têm elementos necessários para investir alguém na qualidade de titular de um direito subjetivo.

São exemplo na nossa Carta Magna, os textos sobre a Educação, a Cultura, o Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família, Criança e Adolescente, Idoso, Índio, e tantos outros.

Outras normas não apresentam esse aspecto funcional, em razão de seu alto nível de abstração e de indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicadas.

Estas normas são denominadas de princípios, os quais, em que pese a falta de precisão de conteúdo, ascendem para uma posição que lhes permite sobrepassar uma área muito mais ampla, ou seja, estar acima de um sem-número de outras normas.

São os princípios que dão feição de unidade ao Texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais.

Em síntese, há duas categorias principais no texto constitucional – a regra e o princípio.

Fica claro, porém, que umas não têm importância superior às outras, tendo o mesmo nível hierárquico.

Em razão desta distinção entre regras e princípios, é possível propor a seguinte classificação das Constituições¹⁰:

CONTEÚDO	MATERIAIS	Somente se refere à matéria constitucional (Estrutura do Estado, organização, direitos fundamentais)
	FORMAIS	Conteúdo de matérias que normalmente seriam relegadas ao Direito comum, contudo, sendo modificáveis pela forma estabelecida no próprio texto constitucional.

Repisando, os princípios são imbuídos por valores, os quais, entende-se como conteúdos materiais da Constituição, conferindo legitimidade a todo o ordenamento jurídico – pois expressam o sentimento comum de toda a sociedade.

São também chamados de *metanormas*, ou melhor dizendo, estão além das normas.

Destarte, todas as demais normas devem ser interpretadas em consonância com os valores, bem como, criadas em harmonia com estes, posto que o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, ou o seu próprio alicerce¹¹.

Princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do direito. Assim, o direito

constitucional deve ser estudado e interpretado à luz desses princípios.

Em síntese, conforme a melhor doutrina¹², os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nessas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas o que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única traçando os rumos e os vetores em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.

São, pois, vigas mestras do Texto Constitucional, ganhando concretização a partir de outras regras da Constituição, mas também, de uma legislação ordinária, a qual deverá guardar correlação com o princípio.

⁽⁹⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 52 e ss.

⁽¹⁰⁾ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 10 e ss.

⁽¹¹⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p. 58.

⁽¹²⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*.

Uma questão bastante interessante, é a possibilidade de que haja conflito entre esses princípios, situação que vem a expressar que nenhum direito constitucional é absoluto, e portanto, deverá haver uma composição interpretativa, harmônica com a cedência parcial recíproca. Tomamos por exemplo o direito à liberdade, como expressão maior dos direitos e garantias fundamentais, que deverá ceder ante as regras de comportamento na sociedade.

Na mesma linha está o direito à propriedade, coexistindo com a possibilidade da prescrição aquisitiva, ou usucapião.

Contudo, sendo o princípio o vetor da norma, este não pode ser relativizado na medida em que se concretiza, posto que a regra inferior deve sempre estar sempre em conformidade com o princípio, e não ao contrário.

1.2. Dos Princípios Gerais de Direito

Ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais de direito são cânones de incidência obrigatória, significando dizer que sempre deverão impor-se na atividade interpretativa, enquanto os princípios constitucionais só serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando¹³.

Ou seja, toda interpretação guardará consonância com os princípios gerais de direito, enquanto os constitucionais, em cada caso concreto.

Os princípios gerais de direito tem como nota predominante a generalidade absoluta.

Exemplos são os princípios de justiça, de igualdade, de liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Tais princípios são intuitivos.

Conforme ensina o Prof. Caio Mário¹⁴:

...a invocação dos princípios gerais de direito faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânão que o legislador não chegou a ditar sob a

forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico.

Aliás, diga-se de passagem, diante da lacuna legal, o magistrado deverá efetuar uma construção jurídica, visando atingir tais princípios¹⁵.

Os princípios gerais de direito, em que pese a sua força, dada a sua evolução civilizatória, não podem ser entendidos como superiores à Constituição, ao contrário, eles penetram-lhe por força da própria vontade constitucional.

Sobre o tema em estudo, consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Fazendo uma análise histórica, ainda que superficial, o Texto trazido à colação, espelho do *due process of law*, reflete uma noção do homem, que vinha de duas grandes guerras mundiais, mormente porque a segunda foi consequência direta das atitudes tomadas após a primeira.

Trata-se, na verdade, de vontade extraída de consenso, que traduz um princípio geral, forjado pela dor da experiência.

Assim, fácil é perceber que o princípio do devido processo legal, e por extensão a ampla defesa e o contraditório, colocam-se como princípios universais, e portanto, regras de incidência obrigatória que deverão compor o Texto Constitucional que se preste a ser democrático.

II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1. Breve menção histórica ao *due process of law*

A doutrina é consensual ao afirmar que o princípio do devido processo legal, incorporado expressamente ao Texto da Constituição brasileira,

⁽¹³⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p.60

⁽¹⁴⁾ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.55.

⁽¹⁵⁾ BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei 4.657, de 04.09.1942

“Art. 4 – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância ao direito anglo-saxão¹⁶.

Lembra a Profa. Lúcia Valle Figueiredo que

*o devido processo legal aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta, escrita em latim (exatamente para que poucos tivessem acesso a seu conteúdo), época em que o Estado era a lei. Na verdade, fazia a lei, cumpria a lei – ele mesmo – mas, a lei era o que o soberano ditava*¹⁷.

Contudo, de origem bem mais remota, pode ser observada a existência do dever a um processo regular, em pelo menos um dos trechos bíblicos:

Juízes e oficiais constituirás em todas as tuas cidades que o Senhor teu Deus te der entre as tuas tribos, para que julguem o povo com reto juízo.

Não torcerás a justiça, não farás acepção de pessoas, nem tomarás suborno. Porquanto o suborno cega os olhos dos sábios e subverte a causa dos justos.

*A justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas, e possuas em herança a terra que te dá o Senhor teu Deus*¹⁸...

Mais adiante,

*Quando no meio de ti, em alguma das tuas cidade que te dá o Senhor teu Deus, se achar algum homem ou mulher que proceda mal aos olhos do Senhor teu Deus, transgredindo a sua aliança, que vá e sirva a outros deuses, e os adore, ou ao sol, ou à lua, ou a todo o exército do céu, o que eu não ordenei; e te seja denunciado, e o ouvires, então indagarás bem: e eis que, sendo verdade, e certo que se fez tal abominação em Israel, então levarás o homem ou a mulher que fez este malefício, às tuas portas, e os apedrejarás, até que morram. Por depoimento de duas ou três testemunhas será morto o que houver de morrer; por depoimento de uma só testemunha não morrerá*¹⁹. A mão

*das testemunhas será a primeira contra ele, para matá-lo. E depois a mão de todo o povo: assim eliminarás o mal do meio de ti*²⁰.

O texto sagrado, de cerca de 6.000 anos, dá a clara noção de:

- uma lei prévia,
- de um juiz natural,
- de uma denúncia,
- de um juízo de admissibilidade,
- do depoimento pessoal,
- da instrução pela oitiva de testemunhas,
- da valoração das provas,
- da busca pela verdade material,
- de prévia cominação legal,
- e da prévia forma de punição.

Ou seja, em outras palavras, ainda que um pouco diferente da noção contemporânea, temos a exata noção do devido processo legal, ao qual estavam subordinados povo e autoridades.

Lembramos ainda Beccaria²¹, para quem, discursando sobre a formação da sociedade, da origem das penas e do direito de punir, “a tendência do homem é tão forte para o despotismo que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros”.

Com base nesse pensamento, que remonta à segunda metade do século XVIII, parece-nos seja próprio do homem, uma vez convertido em Estado, fazer prevalecer sua vontade, razão pela qual seja necessário, a fim de conter aforismos despóticos²², por meio de um processo regular, e assegurar-se ao indivíduo uma garantia de defesa material e formal.

2.2. Evolução do *due process of law* no Direito Americano

Conforme já afirmado, o princípio do devido processo legal teve origem na Magna Carta, conquista

⁽¹⁶⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 117.

⁽¹⁷⁾ Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Obra citada*.

⁽¹⁸⁾ BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio*, 16-18,20, Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969, p.211.

⁽¹⁹⁾ “*testis unus, testis nullus*”

⁽²⁰⁾ BÍBLIA SAGRADA. *Deuteronômio*, 17-2,7, ps. 211/212.

⁽²¹⁾ Cesare BECCARIA. *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Hemus Editora, 1983, p.14/15

⁽²²⁾ É impossível deixar de vir à lembrança a imagem de Luiz XIV, (1661-1715), rei da França, autor da célebre frase: “*L’état cest moi*” (O Estado sou eu.)

dos barões feudais saxônicos junto ao rei João “Sem Terra”, tendo nascido sob inspiração jusnaturalista, a qual assegurava aos homens livres – barões e proprietários de terras, a inviolabilidade dos direitos inerentes à vida e à liberdade, e em especial a propriedade, que somente poderiam ser suprimidos pela lei da terra (*per legem terrae* ou *law of the land*)²³.

Frise-se que o devido processo legal tinha conteúdo meramente formal. Formal e sem expressão com que, depois, passaria do Direito Inglês para as Colônias Americanas, e, mais tarde, para a Federação Americana.

As Colônias Americanas tiveram a sua independência a partir de 1776.

Os constituintes, reunidos na convenção de Filadélfia em 1787, não incluíram no Texto, inicialmente, nenhuma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), quicá porque naquele momento o importante era definir-se uma constituição de natureza orgânica para a jovem nação.

No prazo de dois anos, 10 (dez) artigos adicionais foram incorporados ao Texto por meio de Emendas, os quais continham a consagração dos direitos fundamentais²⁴.

Conforme anota Lúcia Valle Figueiredo²⁵, somente com as Emendas V e XIV, é que o *due process of law* toma corpo.

Quando inserta na Constituição Americana, pela V Emenda, a cláusula do devido processo legal não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim, a assegurar o direito a um processo regular e justo.

Ainda persistia o caráter formal do princípio.

Diz o texto da Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto

em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação.

A Emenda XIV, promulgada em 1863, buscou garantir aos ex-escravos e seus descendentes de cor negra, em sede constitucional, os direitos inerentes à cidadania e às liberdades civis²⁶.

Reza o texto da Emenda XIV:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos. Também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei.

Agora, sob o manto da Emenda XIV, houve grande transformação, pois não se fala mais no processo legal apenas no aspecto formal, mas na igual proteção da lei, ou *equal protection of law*.

A partir daí, sobretudo com a sua aplicação pela Suprema Corte Americana, a cláusula ganha abrangência, significando igualdade na lei, e não só perante a lei. Desta feita, na apreciação da aplicação da lei, o magistrado passa a observar se não haverá confronto com os valores fundamentais consagrados na Constituição.

Conforme anota Geraldo Brindeiro²⁷, a partir de 1890, na vigência da 14ª Emenda à Constituição Americana, foi incorporado o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no *Bill of Rights*, posto que “a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (*construction*) e baseando-se em critérios de razoabili-

(23) Carlos Roberto de Siqueira CASTRO. Origem e evolução do devido processo legal, Rio de Janeiro: Forense, 1989, cap.2. Biblioteca da EMERJ – Resenhas elaboradas pelos estagiários da EMERJ em 2000 – Fabrício Fernandes de Castro – texto disponível no site: <http://www.emerj.rj.gov.br/bibliote/resenhas/2000/fabricio.htm>

(24) Celso Ribeiro BASTOS. Obra citada, p. 177.

(25) Lúcia Valle FIGUEIREDO. Obra citada.

(26) Carlos Roberto de Siqueira CASTRO. Obra citada.

(27) Geraldo BRINDEIRO. O devido processo legal. Texto disponível no endereço <http://www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm>

dade (reasonableness), passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária (protection from arbitrary unreasonable action)”.

Ainda conforme Geraldo Brindeiro, a doutrina constitucional americana tem evoluído quanto ao significado da cláusula, e neste sentido, houve um renascimento do *substantive due process*, eis que a Suprema Corte Americana após análise dos casos *Grissold v. Connecticut* em 1965, e *Roe V. Wade* em 1973, volta a enfatizar a importância da proteção de valores fundamentais.

Assim, nas investigações criminais, segundo a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a revelação de dados sigilosos, somente pode ocorrer existindo fundada suspeita, o que somente se apura obedecidos os ditames do *due process of law*. A excepcionalidade da medida relativamente à privacidade dos cidadãos, assegurada na Constituição, somente pode ser verificada no âmbito do Poder Judiciário, fundada em critérios de razoabilidade e interesse público relevante.

De passagem, pode-se afirmar que no Brasil, inspirada na jurisprudência que a Suprema Corte Americana adotou, insere-se no Art.5º, Inciso LVI, da Constituição Federal, o princípio da invalidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra-se, assim, no nosso sistema constitucional, a famosa doutrina constitucional americana sintetizada na expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) observada em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a história é dinâmica...e por vezes, o retrocesso impõe sua marca.

Em que pese o histórico apego do povo norte-americano à liberdade, parece-nos que, contemporaneamente, cabem algumas considerações relativas ao princípio em enfoque.

Notadamente, são os Estados Unidos da América, há quase um século, a nação mais rica e poderosa do mundo, situação claramente traduzida em números.

Tamanha riqueza, e portanto, forte influência nas decisões políticas e econômicas do *resto* do mundo,

sempre atraiu a admiração e o ódio de muitas pessoas, de muitas nações.

Como estamos falando de liberdade, não poderíamos deixar de tocar a questão do medo que tomou conta daquele país, e porque não dizer do Mundo, após os atos terroristas em 11.09.01, contra as “torres gêmeas” do *World Trade Center*.

Frise-se que não pretendemos fazer nenhuma análise valorativa sobre o bem ou o mal que possa encarnar aquele país ou os seus agressores, ou melhor dizendo, tentar desvendar quem são os *mocinhos* ou os *bandidos* do mundo.

Na verdade, estamos diante de um marcante fato histórico, que será contado para as gerações futuras, seja em livros acadêmicos, seja por qualquer outro tipo de manifestação cultural (cinema, música, teatro etc).

Como estamos observando, o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, é uma formulação abstrata e genérica, que ganha contornos maiores e mais fortes, na medida em que a crença na liberdade e no ser humano vão se enraizando.

Evidentemente, a fé no ser humano, atualmente, está cedendo ao temor.

A imprensa traz notícias sobre a atual organização dos E.U.A. contra possíveis atos de terror, a qual está pondo em risco toda a evolução do conceito em estudo.

Entendemos que o momento atual é muito delicado para a liberdade (que o digam os *hóspedes* da Base Naval de Guantánamo²⁸, os quais se acham sem qualquer proteção jurídica) sobretudo, porque está próxima de ser aviltada dentro de seu próprio berço, o que certamente trará influência para todas as outras jovens nações, a exemplo do Brasil, que se espelham naquele modelo.

2.3. O *due process of law* na Constituição brasileira

Com o intuito de sermos didáticos, estamos propondo o seguinte quadro comparativo dos princípios fundamentais e dos direitos e garantias individuais e coletivos nas recentes Cartas Políticas brasileiras.

⁽²⁸⁾ “Cerca de 660 pessoas de 42 países, capturadas em maioria no Afeganistão, estão atualmente presas em Guantánamo, base militar americana a sudeste de Cuba”. <http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0%2C5502%2CO151203-EI294%2CO0.html>

Constituição dos Estados Unidos do Brasil – 1946	Constituição do Brasil 1967	Emenda Constitucional nº 1/69	Constituição da República Federativa do Brasil 1988
			Art.5º... LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
Art.141... § 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, (...), será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória	Art.150... §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes. (...) §16. A instrução criminal será contraditória, (...).	Art.153... §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes (...). §16. A instrução criminal será contraditória, (...).	Art.5º... LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Pelo que se percebe, em cotejo com os Textos anteriores, a atual Carta faz menção expressa ao *due process of law*; contudo, é interessante notar que mesmo no período de turbulência política, pós 1964, os Textos também faziam menção à necessidade da ampla defesa e do contraditório, ainda que restritamente ao processo penal. Ao menos, em tese, garantia constitucional.

A Constituição Federal de 1988, também é chamada de “Carta Cidadã”, “porque consagradora de substantivas conquistas da Sociedade brasileira no plano distributivo dos direitos e garantias sociais – individuais, difusas e coletivas –, a maior parte delas fruto de históricos pleitos e árduas lutas por várias décadas”²⁹

No tocante a inclusão do princípio do devido processo legal, nossa Carta Política tem o mesmo conteúdo do Direito Americano, abrigando a igualdade substancial e formal, sendo equiparável às melhores Constituições do Primeiro Mundo³⁰.

E muito importante, o devido processo legal, conforme pode ser observado, é adotado expressamente também para os processos da **esfera administrativa**, situação que configura-se uma grande novidade, e sem dúvida um avanço, em relação aos Textos constitucionais anteriores.

2.4. O Estado de Direito e o devido processo legal

Pelo que podemos observar, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo:

*a simples sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito materialmente; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais seja, a separação de poderes para a existência dos freios e contrapesos, do juiz natural, ou em outras palavras, de juiz não de exceção ou “post facto”, além de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente*³¹.

O Texto Constitucional anterior, o qual previa garantias mínimas no processo penal, foi totalmente anulado em face de edição de atos de força editados no período.

Na verdade, se admitíssemos a lei sem tais garantias, não estaríamos em face de Estado de Direito, mas em arremedo, em aparência de legalidade, posto que quaisquer regimes de exceção, como por exemplo o nazista, estariam amplamente justificados.

Assim, conforme leciona José Afonso da Silva³²:

(29) http://www.ajuris.org.br/jornal/jor46_20.htm

(30) Lúcia Valle FIGUEIREDO. *Obra citada*.

(31) *Idem, Idem*.

(32) José Afonso da SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 313.

Por outro lado, se se concebe o direito apenas como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

Destarte, poderá haver Estado de Direito, pelo cumprimento da lei, e no entanto, sem que seja democrático, tal qual foi no Brasil no período do regime pós 1964.

Conforme previsto na atual Constituição Federal, o poder emana do povo, que o exerce, direta ou indiretamente, dentro do Estado Democrático de Direito³³.

Contudo, o que a história indica, e aqui ainda que palidamente lembrada, é que a simples menção de texto em lei positivada, não garante a efetividade dos direitos.

III – ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1. Desdobramentos do Princípio

Pelo devido processo legal, procura-se proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado³⁴.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando:

- No âmbito material, ou substancial, de proteção ao direito de liberdade;
- No âmbito formal:
 - ao assegurar paridade total de condições com o Estado-persecutor;
 - plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de

produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal etc)³⁵.

Ou seja, todos os princípios processuais têm alicerce no princípio do devido processo legal, pois se prestam a garantir a própria liberdade do indivíduo perante a sociedade e o Estado.

Conforme leciona Nelson Nery Junior,

genericamente, o princípio do due process of law caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade³⁶, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da due process clause³⁷ (grifamos).

Ou seja, **não se comporta uma decisão judicial ou administrativa sem motivação, ou sem que houvesse sido observadas as garantias processuais básicas para produção da defesa**, pois estará arbitrariamente colidindo com os bens mais elevados do ser humano, vida e liberdade, além da propriedade, tutelados pelo princípio do devido processo legal.

Assim, o princípio se desdobra em uma série de outros princípios, sendo-lhes fonte inesgotável, a exemplo, conforme a doutrina³⁸:

- Princípio da publicidade dos atos processuais;
- Impossibilidade de utilizar-se em juízo provas obtidas por meios ilícitos;
- Postulado do juiz natural;
- Contraditório e ampla defesa;
- Procedimento regular

A seguir, procuraremos discurrir brevemente sobre tais princípios.

⁽³³⁾ Brasil. Constituição Federal/88

Art. 1º -...

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁽³⁴⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p. 234 e ss.

⁽³⁵⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 117

⁽³⁶⁾ Aqui entendido em seu conteúdo mais amplo, posto que no Direito Norte-Americano acrescenta-se o item “vida”, eis que presente em alguns Estados da Federação a possibilidade da aplicação de pena de morte.

⁽³⁷⁾ Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.33.

⁽³⁸⁾ Celso Ribeiro BASTOS. *Obra citada*, p.234 e ss

a) Publicidade dos Atos Processuais

As audiências e demais atos processuais são públicos e qualquer pessoa pode examinar os autos, o que significa que a administração da justiça pelo Estado está sujeita à fiscalização popular, e que ninguém será julgado por um juiz ou tribunal secreto.

Esse princípio se relativiza para preservar o direito à vida privada do indivíduo, também garantida constitucionalmente (Art.5º,X), nos seguintes casos:

- Família
- Crimes contra os costumes
- Lei de tóxicos
- Julgamento de quesitos pelo conselho de Sentença
- Processos de competência originária dos Tribunais, no julgamento de pessoas que gozam de foro especial por prerrogativa de função.

É que o Texto Constitucional prevê em seu Art.5º, LX:

“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

Em razão de sua própria natureza, o inquérito policial também é sigiloso³⁹

b) Impossibilidade de utilização de provas ilícitas

Nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto.

Exemplo, como já dissemos anteriormente, é o direito à propriedade – cuja função individualista fora abandonada em razão da função social para vir atender ao bem comum.

O Direito à prova, derivado da ampla defesa, não significa que o interessado passa valer-se a qualquer momento de qualquer prova, mas, apenas, que pode utilizar-se daquelas provas aptas a evidenciar os fatos cruciais a serem apreciados.

Cabe ao Estado zelar pela paridade de armas entre as partes, ou seja, pela delimitação da possibilidade da produção de provas do campo do lícito e do legítimo.

Conforme doutrina, existem duas modalidades pelas quais uma prova pode ser ilícita.

Anota Alexandre de Moraes⁴⁰ que provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, e as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito à lei processual – e as provas ilegais seriam gênero tanto das ilícitas como das ilegítimas.

Segundo Celso Bastos, a inconstitucionalidade abarcaria os atos que ofendem a lei processual ou a material, posto que a expressão escolhida pelo Constituinte é bastante ampla.

Ainda conforme Alexandre de Moraes, a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade – com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional poderiam ser admitidas, posto que nenhuma liberdade pública é absoluta. Casos em que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo. Contudo, o princípio da proporcionalidade somente seria aceito, a princípio, em favor do réu.

Há ainda, a questão das provas derivadas das provas ilícitas – ou como é chamada, teoria dos frutos da árvore envenenada, conquanto a prova ilícita teria ou não o condão de anular todo o processo.

É mister analisar se as demais provas estão ligadas direta ou indiretamente com a prova obtida por meios ilícitos.

Há acórdãos do STF no sentido que:

Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita” (STF –2ª T.- HC nº 75.892-6/RJ – Rel. Ministro Marco Aurélio – Diário da Justiça, seção I, 27.04.98)

⁽³⁹⁾ BRASIL. Código de Processo Penal

“Art.20: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Contudo, o Art.7º, XIV, do Estatuto da OAB assegure aos advogados o direito de examinar em qualquer repartição policial, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à Autoridade.

⁽⁴⁰⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, p. 118 e ss.

A existência nos autos de prova obtida ilícitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei nº 9296/96) não basta para a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita” (STF –2ª T.- HC nº 76.231/RJ – Rel. Ministro Nelson Jobim – Decisão 16.06.98).

Mas também já decidiu que acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, quando ainda não havia norma reguladora, contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta⁴¹.

Também decidiu o STF pela licitude de gravação de conversa ambiental, apresentada por vítima de concussão, no sentido de que estaria exercendo o seu direito de legítima defesa⁴².

c) Juiz Natural

O princípio do juiz natural possui três significados:

- juiz imparcial (não impedido e não suspeito),
- legalmente investido (mediante aprovação em concurso, eliminando o tribunal de exceção)
- e competente (conforme determinado pelas regras processuais).

Vale lembrar texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

d) Contraditório e Ampla Defesa

São corolários deste princípio a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa⁴³.

Conforme ensino do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles⁴⁴:

Defesa: a defesa, como já vimos, é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo (art.5º, LV), e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (due process of law). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação, nem restrições na sua aplicação. Processo administrativo sem oportunidade de ampla defesa ou defesa cerceada é nulo. Claro está que a autoridade que presidir o processo poderá indeferir provas impertinentes ou indicadas com intuito protelatório ou tumultuário, mas, para tanto, deverá justificar objetivamente sua rejeição. É admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo.

Aliás, no que tange ao direito a uma defesa técnica, explica Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁵:

O direito de ser representado e assessorado pode ser considerado como inerente à pessoa. Ademais, será indispensável, quando menos inúmeras vezes, para a própria realização eficiente dos direitos assegurados pelos demais princípios dos procedimentos acolhidos na Lei Magna. Ora, quem quer os fins, quer os indispensáveis meios. Se a Constituição embasa o desfrute de direitos assegurados em vários dos princípios do procedimento, não pode deixar de indiretamente encampar os meios necessários para tanto. É o caso do direito de ser

⁽⁴¹⁾ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73351-SP- Rel. Min. Ilmar Galvão.

⁽⁴²⁾ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 212.081-2/RO – Rel. Min. Otávio Gallotti, Diário da Justiça em 27.03.98, p.23.

⁽⁴³⁾ Alexandre MORAES. *Obra citada*, ps. 117/118.

⁽⁴⁴⁾ Hely Lopes MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.: 634.

⁽⁴⁵⁾ Celso Antonio Bandeira de MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.310.

representado e assistido. De todo modo, a nível legal, dito princípio é plenamente afirmado, seja pelo genérico direito de constituir mandatário, nos termos dos arts. 1288 e ss. do Código Civil, notadamente 1289, seja, no que respeita à constituição de advogado, com base no art. 5º da Lei 8906, de 4.07.94 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Por **ampla defesa** – entende-se ainda, o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se necessário.

Por **contraditório** – entende-se como a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Tem íntima ligação com o princípio da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.

O princípio do contraditório também é uma garantia de justiça para as partes.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas – se ouvir uma, deverá ouvir a outra.

Instaurada a ação, invocada a prestação jurisdicional, deverá ser chamado o réu para integrar a relação jurídico-processual.

Deve haver um equilíbrio nos atos praticados pelos litigantes. A ciência dos atos se dará por meio da citação, da intimação e da notificação.

Mesmo em situações em que o juiz antecipa a tutela, *inaudita altera pars*, o demandado é chamado para desenvolver sua defesa, antes que o julgamento se torne definitivo.

No processo penal a defesa é de duas ordens: técnica (por advogado) e pessoal (o acusado deve ser

ouvido), sendo a primeira indeclinável e a segunda disponível.

Aliás, a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta do processo⁴⁶.

a) Procedimento regular

Entende-se aquele que é estabelecido previamente por lei para cada caso concreto, a fim de que não haja inovação e as partes não sejam tomadas de surpresa, garantindo-se os direitos processuais.

Equivale a dizer que todos os passos do processo, presentes ou futuros estão alicerçados na lei, e portanto, as partes e o julgador já os conhecem previamente, e deles não podem fugir.

Por assim dizer, a todo direito consiste um direito de ação, e dessa forma, assim como o autor tem assegurado o pedido perante o Judiciário, ao réu, de antemão saberá todo o rito que será seguido, não sendo surpreendido com a arbitrariedade do juiz ou da parte.

3.2. Sobre o dilema da demora na prestação jurisdicional

No Brasil, reclama-se muito sobre a dificuldade de acesso à Justiça, seja pelo custo do processo, seja pela demora na prestação jurisdicional.

Conforme já expomos anteriormente “...justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁴⁷.

Assim, defender a existência de um processo, e todos os recursos a ele inerentes, parece à primeira vista, caminhar na contramão da necessidade de quem busca Justiça, seja ela no campo judicial ou administrativo.

Em monografia apresentada por Geraldo Brindeiro⁴⁸, S.Exa. aborda a necessidade de modernização do Poder Judiciário e do Ministério Público, aparelhando-os com os meios necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a lentidão na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos.

Ainda conforme Geraldo Brindeiro, há excessivo formalismo das regras processuais, por vezes abusivas de recursos e procedimentos protelatórios ou

⁽⁴⁶⁾ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula 523 “A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu.”

⁽⁴⁷⁾ Rui Barbosa, Obra citada.

⁽⁴⁸⁾ Geraldo BRINDEIRO. Obra citada.

impeditivos da prestação jurisdicional, causando dificuldades de acesso à Justiça e a lentidão nos julgamentos definitivos.

Geraldo Brindeiro defende inclusive, ainda que questionável, a adoção do efeito vinculante das súmulas dos Tribunais Superiores, em especial do STF e STJ, a fim de evitar não somente o acúmulo absurdo de processos repetidos, onde as questões jurídicas já foram debatidas anteriormente, mas também em função do princípio da isonomia, afirmando que há um número crescente, de descrentes da presteza e da eficácia da máquina judiciária. Não se aceitam velhos procedimentos formais, por mero apego a oneroso e complicado tecnicismo, em detrimento do exame da substância do direito. Ao lado da garantia das formas, deve estar o processo judicial munido de eficiência e funcionalidade.

Contudo, ainda conforme Geraldo Brindeiro, a modernização do processo, não deve significar a redução pura e simples de formalidades e a diminuição de recursos, a qualquer custo, em nome de suposta eficácia da prestação jurisdicional, sem a prudente e cautelosa análise de sua essencialidade. Não deve haver soluções simplistas em prejuízo de princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Evidente que seja contra o princípio do devido processo legal, o excesso de formalismos que só vêm a tornar cada vez mais distante a distribuição de justiça, razão pela qual **devemos evoluir a ponto de equacionar o dilema entre uma justiça rápida, porém, eficaz, e para todos que dela necessitem.**

Além disso, não podemos nos esquecer do **instituto da prescrição**, mormente nos processos julgados nas Cortes de Contas.

O que dizer de alguns profissionais do Direito, classe a qual temos o orgulho de pertencer, que se especializaram em estender o trâmite dos processos, exatamente por sabê-lo prejudicial à perseguição administrativa e judicial?

Abra-se aqui um parêntesis para afirmar que a perseguição dos bens públicos não sofre os efeitos da prescrição⁴⁹, contudo, os efeitos acessórios da Lei de Improbidade Administrativa, a qual impõe severas

sanções à Autoridade/Servidor, prevê prazo limite de 05 (cinco) anos para o seu ingresso.

Na verdade, o reclamo popular é pela rapidez na resposta às questões que leva às barras dos tribunais, mas como a prática indica uma dificuldade quase intransponível, até mesmo por questões de estrutura⁵⁰, o que se vê, são vozes que se levantam pedindo o abreviamento dos processos.

Parece-nos que o devido processo legal privilegia o acesso à Justiça, e não ao contrário.

Também não se pode, sob o argumento de uma Justiça rápida, mitigar o princípio, queimando etapas importantes na instrução, desprezando garantias fundamentais.

Aliás, sobre o tema estrutura, no tocante ao orçamento devido à Justiça, é importante destacar que está estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 04.05.00), em seus Arts. 19 e 20, que os Estados poderão destinar no máximo, 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida para todos os gastos com pessoal, incluindo aí a Administração Direta e Indireta (exceto as empresas não dependentes), e ainda, especificamente com relação ao Poder Judiciário, os gastos não poderão ultrapassar a 6% (seis por cento)...

Tomando por base tais percentuais, se imaginarmos a quantidade de Comarcas distribuídas pelo Estado de São Paulo, e a necessidade crescente de servidores para a impulsão oficial dos processos, somados aí os Escreventes, Fiéis, Oficiais de Justiça, Juízes, indo até aos Desembargadores do Tribunal de Justiça, podemos ter uma idéia de que o valor destinado pela lei para a manutenção de pessoal é muito aquém das reais necessidades daquele Poder, e por extensão, haverá um reflexo negativo na rapidez da prestação jurisdicional.

No plano federal, comenta-se no meio jurídico, que há por volta de 100.000 (cem mil) processos aguardando julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal...

Registre-se, não se pode olvidar que é o pessoal treinado e bem remunerado quem guardará pela presteza e agilidade da Justiça, e não os prédios ou maquinários...

⁽⁴⁹⁾ Brasil. Constituição Federal/88

"Art.37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

⁽⁵⁰⁾ Situação dificultada ainda mais pela edição da L.C.101/00

No mesmo compasso, está o percentual determinado para gastos com pessoal nos Tribunais de Contas.

Determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, que o percentual não será superior a 3% (três por cento), incluindo-se aí, também os gastos do Legislativo.

Assim, repisamos, talvez a rapidez na tutela jurisdicional esteja muito mais ligada à estrutura do Poder, ao *quantum* que a ele se destina, e à importância que lhe se dá, e não propriamente na supressão de etapas essenciais às garantias fundamentais.

O que deve ser posto em mente é a necessidade da mudança de mentalidade do Estado, por meio dos representantes populares, a fim de que se tenha o Judiciário como firme instrumento para mitigação das injustiças sociais, e portanto, adequadamente aparelhado para esse mister.

CAPÍTULO IV – O PROCESSO ADMINISTRATIVO

4.1. Considerações sobre o processo administrativo

Quanto ao processo administrativo, é necessário fazer-se algumas distinções.

Primeiramente, devemos separar o que seja processo de procedimento.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para ao exercício de função administrativa. Tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O

procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos. Equivale a rito, a forma de proceder. O procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Desta feita, processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; já o procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual.

Ou seja, o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia, não havendo processo sem procedimento, mas podendo haver procedimento sem processo.

O processo comporta a prestação jurisdicional para a composição do conflito de interesses, onde haja uma prestação resistida, ou da lide.

No caso do procedimento, é o caminho a ser percorrido pela administração para consecução de um fim, ainda que haja interesses divergentes.

O processo contém uma litigância, ou conflito de interesses, ou ainda, acusações, revisão necessária dos atos administrativos, provocada ou de ofício, exemplo é o processo disciplinar administrativo ou de atuação fiscal.

O procedimento emana uma seqüência de atos administrativos, os quais desencadeiam efeitos típicos, como por exemplo, um concurso público ou uma licitação.

Quanto ao caso de processos, ou seja, onde haja acusados, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar.

Assim, não pode a Administração suprimir direitos, desconstituir situações sem que ouça o administrado preliminarmente⁵².

No caso do procedimento, prevalece a aplicação dos princípios basilares da administração pública⁵³, acrescentando-se a motivação, a lealdade, a boa-fé e a razoabilidade.

Conforme Profa. Maria Silvia Zanella Di Pietro, “a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios

⁽⁵¹⁾ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 1996, p. 397.

⁽⁵²⁾ Lúcia Vale FIGUEIREDO. Obra citada.

⁽⁵³⁾ BRASIL. Constituição Federal.

“Art.37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...”

que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final. Nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração”⁵⁴.

Para a Profa. Lúcia Valle Figueiredo, ao afirmar que o devido processo legal incidiria sobre a lide em sede administrativa, não quis o Constituinte contemplar ao *procedimento*, série de formalidades necessárias para emanção de atos administrativos, posto que mera explicitação da função administrativa.

Em outras palavras, no procedimento, haverá o estrito cumprimento da legalidade para chegar-se a um determinado fim.

Já com relação ao processo, e portanto, quando há lide – “aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral” – **havendo contraposição ou contraditoriedade de interesses, será de cabal importância à aplicação do devido processo legal, eis que modernamente, assim determina a Carta Política de 1988.**

4.2. Julgamento dos processos administrativos

O Prof. Hely Lopes Meirelles⁵⁵, ministrando ensino sobre o julgamento administrativo, declara:

Julgamento. O julgamento é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo.(...).

O essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado, porque isto equivale a cerceamento de defesa e conduzirá à nulidade do julgamento, que não é discricionário, mas vinculado ao devido procedimento legal. Realmente, se o julgamento de processo administrativo fosse discricionário, não haveria necessidade de procedimento, justificando-se a decisão como ato isolado de conveniência e oportunidade administrativa, alheio à prova e refratário a qualquer defesa do interessado. O que se reconhece à autoridade julgadora é liberdade na produção de prova e na escolha e graduação das sanções aplicáveis quando a norma legal consigna as penalidades sem

indicar os ilícitos a que se destinam, ou lhe faculta instaurar ou não o processo punitivo. Porém jamais se admitiu a qualquer autoridade punir o impune, ou negar direito individual comprovado em processo administrativo regular, ou desconstituir sumariamente situação jurídica definitiva e subjetiva do administrado. (grifos nossos)

Ou seja, mesmo em sede administrativa, está presente a obrigação de observância ao princípio do devido processo legal, e por assim dizer, a todos os princípios dele decorrentes.

Interessante a questão da motivação, como corolário do devido processo legal.

Para o Prof. Hely Lopes Meirelles, o eminente mestre entende que motivo e motivação são questões distintas.

O motivo está ligado ao mérito administrativo, ou seja, razões de conveniência e oportunidade que levam o Administrador a valorar internamente as consequências ou vantagens do ato. No caso, nos atos vinculados não há que se falar em mérito administrativo, visto que a atuação do Administrador se resume ao cumprimento da lei.

Para o mestre, motivação é a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato (Art.50, da Lei 9784/99), e reconhece que, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art.5º XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art.37, caput), **a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível.**

O Processo Administrativo, no âmbito Federal, é regulado pela Lei nº 9784/99, da qual extraímos a seguinte lição:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

⁽⁵⁴⁾ Maria Silvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 494.

⁽⁵⁵⁾ Hely Lopes MEIRELLES. *Obra citada*, p.635.

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

O Estado de São Paulo também editou norma semelhante, a Lei nº 10.117, de 30.12.98, a qual regula o processo administrativo na sua área de competência, onde destacamos:

Art.4º A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

(...)

Art.8º São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos caso de:

(....)

VI – falta ou insuficiência de motivação.

Parágrafo único. Nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.

Chamamos a atenção, que mesmo nos atos discricionários, deverá haver uma correlação lógica, alicerçando o ato, a fim de afastar o arbítrio da Autoridade.

Mas a principal lição que se extrai, é que não haverá surpresa para as partes, eis que as decisões seguem uma lógica natural, embasada, fundamentada, motivada, sob pena de descumprimento do devido processo legal.

Para a Profa. Di Pietro, a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo⁵⁶, lembrando que a Constituição Bandeirante/89⁵⁷, a incluiu entre os princípios da Administração Pública.

Especificamente quanto aos efeitos do julgamento de processos dessa natureza, dissertando especificamente sobre o contencioso administrativo, a Profa. Maria Silvia Zanella Di Pietro afirma que “a Constituição de 88 não prevê o contencioso administrativo e mantém, no Artigo 5º, XXXV, a unidade de jurisdição, ao determinar, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**”.⁵⁸

Ou seja, mesmo adotando um processo regular, e esgotando-se os recursos a ele inerentes, é admissível a revisão dos julgados administrativos pelo Poder Judiciário.

Desta feita, via de regra, prevalece no sistema brasileiro, sem negar-se o poder de decidir à Administração, uma separação entre o Poder Executivo e Judiciário, ou entre administrador e juiz, sendo inconciliável o contencioso administrativo, posto que os interesses do particular, ou do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição: a do Poder Judiciário.

Ainda conforme Hely Lopes Meirelles⁵⁹, para explicar o sentido da jurisdição única adotada no Brasil:

⁽⁵⁶⁾ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2001, p.195.

⁽⁵⁷⁾ Constituição do Estado de São Paulo/1989

“Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”

⁽⁵⁸⁾ Maria Silvia Zanella DI PIETRO. *Obra citada*, p.496.

⁽⁵⁹⁾ Hely Lopes MEIRELLES, *Obra citada*, p.53.

...a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide litígios de Direito Público e de Direito Privado (CF, art.5º, XXXV).

Contudo, sobre o julgamento de processos administrativos, acrescentaríamos que existem diversos tribunais administrativos, tais como os de competência tributária, previdenciária e de trânsito, somente para exemplificar, **mas os Tribunais de Contas tem o status de previsão constitucional**⁶⁰.

Conforme já decidido pelo TRF 1ª Região “O TCU (Tribunal de Contas da União) só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”⁶².

Veja-se que tal afirmação é muito séria, pois mitiga o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁶³, no caso de julgamento das contas dos administradores públicos.

Na verdade, os Tribunais de Contas têm competência explícita na Constituição Federal, na acepção de limite da jurisdição, como também têm atribuições ou competências de cunho meramente administrativo, e aqui sim, cabendo a ação de controle, pela falta de definitividade de suas decisões.

No que tange ao julgamento das Contas, havendo lesão ou ameaça a direito, somente quanto ao aspecto formal, **em face de falha processual**, poderá o Judiciário apreciar as decisões das Cortes de Contas, sem no entanto observar o mérito da decisão.

Quando funciona na tomada de contas dos demais administradores e ordenadores de

*despesas públicas, que não as do Executivo*⁶³, o tribunal pratica ato que **não pode ser revisto pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal**. “Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento.”⁶⁴ (grifo nosso).

Ou seja, não pode o Tribunal de Contas julgar determinadas contas regulares ou irregulares e, posteriormente, o Poder Judiciário, dizer que o julgamento fora incorreto.

A reavaliação somente será possível, em havendo falhas de cunho formal na condução do processo, pela falta de observância ao devido processo legal, e dos princípios processuais a ele inerentes, tais como a ampla defesa e o contraditório, mas nunca quanto ao mérito.

CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma, o tema é apaixonante, e não temos a pretensão de esgotá-los aqui.

Muito ao contrário.

Pudemos observar que o princípio do devido processo legal, ou *due process of law*, guarda uma riqueza muito grande, e como conceito abstrato, vai revelando-se historicamente como fonte quase inesgotável para invocação da liberdade do indivíduo como garantia fundamental, e de sua igualdade perante a lei do próprio Estado que a editou.

Importante reafirmar que o *due process of law*, está na base de todos os outros princípios processuais, guardando importância como princípio geral de direito, aceito pelas nações modernas, inclusive porque textualmente consta da Declaração dos Direitos do Homem, tendo relevo de matéria constitucional no Brasil.

⁽⁶⁰⁾ Conforme Art. 217 da Constituição Federal, também há previsão constitucional da existência de Tribunais da Justiça Desportiva, nos quais deverão ser esgotadas as instâncias, antes da avaliação pelo Judiciário, das questões ligadas à disciplina e às competições.

⁽⁶¹⁾ BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 9.0.3993-0/MG

⁽⁶²⁾ BRASIL. Constituição Federal.

“Art.5º – Todos são iguais perante a lei...

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁽⁶³⁾ Justifica-se a assertiva, eis que a análise das Contas do Executivo, cuja conclusão é o Parecer, sofrerá a análise final pelo Poder Legislativo.

⁽⁶⁴⁾ Conforme Nelson Medeiros Teixeira, *Contas do Legislativo: soberania do parecer do Tribunal de Contas*, em <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=524>, citando J.Cretella Jr. *Dos Atos Administrativos Essenciais - 1ª Ed. 1995-forense*, pág. 448.

É com base nesse princípio que não se aceitam atos arbitrários, imotivados, tanto do Judiciário como da Administração, pois insere a guarda dos valores mais elevados do ser humano, quais sejam a vida e a liberdade.

Vê-se que o conceito foi sendo sedimentado através dos tempos, pela crença que o homem possui na liberdade e na segurança jurídica.

Contudo, basta entender que o conteúdo do princípio deve ser perseguido pelas nações que anseiam ser democráticas, uma vez que, sendo a liberdade um conceito geral, princípio geral de direito, é intuitiva ao ser humano.

Também pudemos fazer uma breve observação sobre o dilema na demora da prestação jurisdicional, opondo-nos contra aqueles que querem abreviar o processo, posicionando-nos no sentido que deva haver um empenho político para a adequação material do Judiciário, com a injeção de recursos orçamentários, a fim de que possa cumprir com as reais necessidades da sociedade.

Afinal, ninguém ouse duvidar que seja o Judiciário a última esperança do cidadão, especialmente os mais desfavorecidos; na verdade, se não nos apegarmos cada vez mais para o ideal do princípio devido processo legal, mais e mais o acesso à Justiça, mormente para os desvalidos, ficará distante e restrito.

No mesmo sentido, reafirmamos aqui, o sentimento comum de que a Administração e em especial os Tribunais Administrativos, tais quais as Cortes de Contas, esta na qualidade de justiça especializada, também devem ter a preocupação com a condução dos processos.

Em contexto mais amplo, podemos afirmar que o Brasil, para nossa alegria, pretendendo ser um país moderno, pinçou textualmente o conceito, inclusive, determinando que também fosse observado em processos administrativos.

Neste trabalho, no tocante aos processos administrativos, pensando que há um entrave natural pela falta de uma codificação própria, de modo a uniformizar os procedimentos.

Finalmente, de forma mais ampla, salientamos a importância de que os cidadãos tenham a real consciência de que a liberdade é um exercício diário, e que a cedência de sua parcela ao Estado, para que haja um equilíbrio social, não pode ser a tal ponto que o indivíduo se anule, tornando o Estado totalitário e desvirtuado de sua função principal e indelegável, qual seja, a promoção do bem estar de todos.

Pensamos também, que não obstante a criação de sistemas ou a elaboração de princípios, em nada valerá se, a sociedade, e em última análise, o cidadão comum, não engajar-se no processo de construção de uma sociedade democrática.

É a sociedade quem determina o engajamento das instituições, quer pela crítica séria, quer seja pelo apoio, e é nesta que reside toda a preocupação daqueles que trabalham sério para a sua transformação.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2001.

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BÍBLIA SAGRADA. **Deuteronômio**, Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRINDEIRO, Geraldo. **O devido processo legal**. Texto disponível no endereço [http:// www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm](http://www.fortunecity.com/clemson/493/jus/m09-015.htm)

BORJA, Célio. **Competência Constitucional dos Tribunais de Contas**, Palestra proferida em 23.10.97, por ocasião do XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, texto disponível no site <http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r40c003.htm>

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **Origem e evolução do devido processo legal**, Rio de Janeiro: Forense, 1989, cap.2. Biblioteca da EMERJ – Resenhas elaboradas pelos estagiários da EMERJ em 2000–Fabrício Fernandes de Castro – texto disponível no site: <http://www.emerj.rj.gov.br/bibliote/resenhas/2000/fabricio.htm>

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O devido processo legal e a TCE (Tomada de Contas Especial)**, texto publicado no Correio Brazilienze em 30.09.99, p.5, disponível no site <http://www.jacoby.com.br/artigos/jujf2.html>

FERRAZ, Sérgio. **O Tribunal de Contas e a Moralidade Administrativa**, Palestra proferida em 22.10.97, por ocasião do XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro, texto disponível no site <http://www.tce.rj.gov.br/revista/artigos/r40c003.htm>

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1985.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo legal**, Salvador: Revista Diálogo Jurídico, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Rafael Munhoz. **Processo administrativo, devido processo legal e a Lei 9784/99**. Revista de Direito Administrativo n. 222, Rio de Janeiro: jan/mar-2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Revista VEJA. **O Grande Irmão Americano**, Editora Abril, Edição 1779, 27 de novembro de 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

SOUZA, Edgard Távora de; CALHEIROS JUNIOR, João de Deus Moreira. **A execução das decisões dos tribunais de contas: a observância do contraditório e da ampla defesa como condição de eficácia para os títulos executivos. o problema da comunicação dos atos processuais aos interessados**, XX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, Fortaleza – CE Novembro/1999, disponível no site [_http://www.tce.ce.gov.br/Teses/tese02.htm](http://www.tce.ce.gov.br/Teses/tese02.htm),

TEIXEIRA, Nelson Medeiros. **Contas do Legislativo: soberania do parecer do Tribunal de Contas**, em <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=524>, citando J.Cretella Jr. *Dos Atos Administrativos Essenciais* – 1ª Ed. 1995-forense.

DIREITO CONSTITUCIONAL À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: CONSELHOS DELIBERATIVOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Marcelo AVERSA¹

APRESENTAÇÃO²

Este trabalho se propõe a desenvolver o tema do direito constitucional à participação, a partir do caso dos conselhos deliberativos de políticas públicas da infância e adolescência. Os conselhos são *esferas públicas* que estabelecem a interlocução entre a sociedade civil organizada e os representantes do Poder Executivo com a finalidade de deliberar e controlar a política pública. A conquista destas instâncias políticas, seja no âmbito constitucional, seja na criação dos conselhos no âmbito infra-constitucional, se apresenta como um dos marcos da redemocratização do Estado brasileiro no pós período do regime militar 1964-1984.

DIREITO CONSTITUCIONAL À PARTICIPAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é uma conquista das lutas sociais que, ao longo da história de nosso país, se depararam com ações governamentais de caráter repressivo, assistencialista, parterralista, tecnocrático e autoritário. O Estado Democrático de Direito de 1988 consolidou uma ordem constitucional que garante a efetividade dos direitos sociais como direitos de todos (o artigo 6º da CF), por meio da participação popular.

O problema da participação social tem como fundamento primeiro o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. Este modelo

de Estado Democrático fundado na soberania popular é uma idealização derivada do mecanismo de fundamentação da sociedade monística, cujo poder é absoluto e do soberano. Nas palavras de Bobbio,

a realidade que temos diante dos olhos é a de uma sociedade centrífuga, que não tem apenas um centro de poder (a vontade geral de Rousseau) mas muitos, merecendo por isto o nome, sobre o qual concordam os estudiosos da política, de sociedade policêntrica ou poliárquica (ou ainda, com uma expressão mais forte mas não de tudo incorreta, policrática) (Bobbio, 1992b: 23)³.

O ideário clássico liberal, fonte da doutrina democrática, partiu da “hipótese do indivíduo soberano que, entrando em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, cria a sociedade política” (Bobbio, 1992b: 23). O poder absoluto do soberano passa a ser o poder do indivíduo. Nesta concepção individualista (um homem, um voto), não existem corpos intermediários. Entretanto, a forma de organização das instituições, sejam elas públicas ou privadas, como meio de domínio de homem sobre homem, se desenvolveu em termos de uma *dominação legal* política da sociedade ocidental (Weber, 2004: 57). Assim, concluímos com Bobbio: “sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações de mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos” (1992b: 23).

⁽¹⁾ Bacharel e Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

⁽²⁾ Este texto é uma síntese da monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Campinas no ano de 2003.

⁽³⁾ Ver também Robert Dahl, **Poliarquia**. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 1997.

A diversidade de organizações sociais e associações de pessoas, que têm por finalidades a defesa de direitos, impõe ao Estado uma transformação no sentido de *legitimar* as ações governamentais. Nas instituições políticas do governo ou da sociedade civil há um “inexorável distanciamento entre a democracia, como *ideal* político, e a democracia, como *regime* juspoltítico do poder” (ver Moreira Neto, 1992: 9).

Este fenômeno da transformação participativa do Estado se dá, portanto, como forma de legitimar a decisão política da *esfera pública*⁴. Nesse sentido, em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, nos quais está assegurada a participação da sociedade civil em instâncias de decisão do Estado, pode ser identificada a transformação participativa do Estado.

(1) A participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos que deliberem questões previdenciárias e trabalhistas (art. 10 da CF):

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

(2) A política agrícola deve ser planejada com a participação dos produtores e trabalhadores rurais (art. 187 da CF):

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes...

(3) A gestão descentralizada e participativa dos assuntos previdenciários (art. 194, VII, da CF):

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
... omissis...

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, **com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo**

nos órgãos colegiados.

(4) A participação da comunidade nas ações e serviços de saúde (art. 198, III, da CF):

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.
... omissis...;

(5) A descentralização político-administrativa e participação popular nas ações governamentais da área da assistência social (art. 204 da CF):

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

(6) A gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, da CF):

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
... omissis...

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
... omissis...

(7) A participação popular no atendimento aos direitos da criança e do adolescente (§ 7º do art. 227 da CF):

⁽⁴⁾ O termo “esfera pública” está sendo utilizado com o conteúdo dado por Elenaldo Teixeira (2001: 46), conforme tratamos no item “3. O Caso da Gestão Participativa da Política Pública para a Infância e Adolescência”.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

... omissis...

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

(8) A participação da sociedade civil na gestão do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza nas esferas municipais, estaduais e nacional (art. 79 e 82 do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais – ADCT, os quais foram incluídos pela Emenda Constitucional nº 31, de 14/12/00):

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.

...omissis...

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

(9) A previsão do § 3º do art. 37 da CF que garante a participação do usuário na administração pública direta e indireta, na forma da lei, regulando principalmente a transparência, a representação, fiscalização, a fim de que os atos públicos sejam executados com eficiência:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

... omissis...

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

(10) E, por fim, o direito político de escolha dos representantes políticos no governo, o direito à participação por meio de consulta popular de decisões a serem tomadas (plebiscito) ou já tomadas cuja eficácia dependem do referendo popular e o direito à proposição de leis de iniciativa popular, previstas nos incisos I, II e II do artigo 14 da CF:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

...omissis...

Por estes dispositivos constitucionais, denota-se um sentido democrático que recoloca os pressupostos da participação no Estado para além da democracia representativa. Isto porque a pluralidade das sociedades contemporâneas exige transformação das relações políticas.

Para melhor delimitação do problema, a classificação de Moreira Neto, segundo o critério funcional dos poderes constitutivos do Estado, destaca a participação política em face dos três poderes da

República: a participação legislativa, a participação administrativa e a participação judicial (Moreira Neto, 1992: 76). Assim, com exceção do item 10, todos os dispositivos acima apresentados se referem a participação administrativa, em cujo âmbito teórico está inscrito o presente estudo sobre os conselhos deliberativos de políticas públicas⁵.

Este trabalho não tem por objetivo a construção de uma categorização das formas de participação no Estado, mas é necessário partir desta classificação para que o leitor compreenda melhor a institucionalidade dos conselhos deliberativos de políticas públicas. Pela concepção clássica de Montesquieu, o poder do Estado deve ser exercido por três órgãos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os quais são autônomos, conforme delimitação constitucional que também lhes atribui um poder de se controlarem mutuamente. Esta inter-relação é conhecida como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). A criação de um conselho é sempre vinculada a um determinado órgão do Estado. Com efeito, a partir da definição dada pelo sistema normativo (Constituição Federal e legislação infraconstitucional), tem-se o ponto de partida da compreensão dos chamados “conselhos gestores”.

Os conselhos gestores surgem como instâncias de legitimação das decisões dos órgãos governamentais, o que se entende como direito político de participação no Estado; ou melhor, o direito de participar das decisões sobre a coisa pública. Trata-se de uma *esfera pública* em que representantes da sociedade civil organizada e do poder público acordam sobre decisões políticas. A conquista dos conselhos deliberativos de políticas públicas é o resultado da capacidade da sociedade civil transformar o direito (a estrutura política, o *status quo* etc.) que, por sua vez, passa a influenciar a sociedade civil à medida que aponta a necessidade desta organizar suas forças para qualificar a intervenção junto aos conselhos e fazer valer seus interesses.

Em outras palavras, Paulo Bonavides entende que é necessário recolocar o sentido do termo legitimar, uma vez que, em tempos de globalização, o mercado se sobressai sobre o Estado e sobre os espaços de relações comunitárias:

... a despolitização da legitimidade constitui fenômeno político que culminou com a globalização da sociedade burguesa.

...
repolítizar a legitimidade equivale a restaurá-la, ou seja, desmembrá-la dessa legalidade onde ela na essência já não existe, porque o povo perdeu a crença e a confiança na república das medidas provisórias e na lei dos corpos representativos, cada vez mais em desarmonia com sua vontade, suas aspirações, seus interesses existenciais.

Em razão disso, busca-se fundar uma nova legitimidade, que só é possível com a repolitização do seu conceito, de todo exequível, se inserirmos a democracia participativa na moldura do regime, da maneira concreta mais ampla, porquanto a o Direito Constitucional positivo ela já pertence. Falta-lhe, tão-somente, aplicação, concretude, realidade e hegemonia de poder diante das formas decadentes e corruptas da organização representativa de governo, ainda preponderantes, até que se lhes quebre o pulso de ferro de seu domínio oligárquico, tão responsável das mazelas institucionais do sistema (Bonavides, 2003: 288-283).

A necessidade de legitimação, por meio da participação popular, é o motor da transformação do Estado, o que se dá com a reordenação das atribuições institucionais, no sentido da desconcentração de atribuições decisórias as quais estiverem concentradas nas autoridades responsáveis pela vontade superior dos órgãos. Por exemplo, no Executivo: o chefe do executivo e os secretários; no Legislativo, o presidente de casas legislativas e os presidentes de comissões; e no Judiciário, os presidentes de tribunais, no que diz respeito as decisões administrativas de organização do poder.

O problema da desconcentração do poder para instâncias de participação, portanto, reside na descoberta do justo meio entre o poder decisório daqueles que representam o poder político do órgão e o poder decisório de órgãos colegiados que articulam a participação popular no Estado. A peculiaridade das competências de cada um dos três poderes determina a dificuldade de construção conceitual que compreenda a universalidade de poderes decisórios os quais seriam passíveis de legitimação por um órgão de democracia participativa.

⁽⁵⁾ Sobre participação legislativa, ver Maria Victória Benevides, **A Cidadania Ativa. Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular**. São Paulo: 2002, Ática. Este é um dos trabalhos que marca a história dos estudos brasileiros sobre a participação.

Com relação a **participação jurisdicional**, Moreira Neto⁶ sugere que a população pode apenas participar indiretamente, por meio da provocação jurisdicional. O poder jurisdicional é o dever-poder de dizer o direito que o magistrado possui em face de um conflito de interesses, o que se configura por uma pretensão resistida de uma parte numa relação jurídica com outra. Isto porque o poder de decidir sobre um conflito de interesses é do juiz competente para cada ação judicial.

A composição do Poder Judiciário brasileiro está fundada em um sistema meritocrático que, de um lado, se inicia com o ingresso na carreira pelo cargo inicial de juiz substituto, por meio de concurso de provas e títulos, e com o processo de promoção de entrância para entrância e acesso aos tribunais, alternadamente, por antigüidade e por merecimento (inciso I, II e III do art. 93 da CF). E de outro, está baseado num *sistema de garantias: de independência* que assegura ao magistrado a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos; e *de imparcialidade*: vedação do exercício de outro cargo, exceto o magistério; vedação de receber, a qualquer título vantagem em razão de sua função; e, vedação de dedicar-se a atividade político-partidária (art. 95 da CF).

De acordo com Lopes,

A organização em carreira é compatível com o princípio da hierarquia, embora cada juiz seja sujeito apenas à lei. Esta hierarquização, natural num sistema de carreira, cria, por seu lado, um processo de adestramento interno na organização, que tende ao controle cultural dos graus mais altos sobre os inferiores, não apenas pelo poder de reformar as sentenças, mas também

pelo de decidir a promoção dos juízes de primeiro grau. O antídoto preparado para tal controle absoluto foi a imposição de promoções alternadas por antigüidade e merecimento (art. 93, II e III da CF). **A questão que se coloca é, pois: como a sociedade civil e os cidadãos poderão interferir nesta máquina judiciária? Os mecanismos de funcionamento tendem a fazer dela um circuito fechado em si mesmo (1998: 78, grifamos)**⁷.

Lopes sugere que a participação popular no Poder Judiciário se daria nas decisões de cunho administrativo e financeiro. Em outras palavras, o judiciário não pode ser apenas entendido como poder jurisdicional, mas também como um serviço público passível de controle do povo.

Importante salientar que é neste sentido que a Proposta de Emenda Constitucional - PEC 29/2000 inclui à Constituição o artigo 103-B que cria o Conselho Nacional de Justiça. O § 4º deste dispositivo estabelece que “compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”. Contudo, a PEC constrói um Conselho como uma última instância administrativa. Isto não parece ser o mais adequado, porque o que se faz necessário é um órgão independente que compreenda o Poder Judiciário como política pública e não mais um órgão em escala hierárquica superior aos que já existem. É justamente a independência do controle da política pública que poderá produzir soluções mais qualificadas.

Com relação ao problema da **participação legislativa**, esta pode ser entendida para além da consulta popular por ocasião de um plebiscito, referendo ou de uma proposição legislativa de iniciativa popular.

⁽⁶⁾ Segundo Moreira Neto, a participação judicial “comporta duas modalidades básicas: a *provocação* da jurisdição e o *acesso* aos órgãos que a exercem” (1992: 143). Apesar de discordarmos desta classificação, é necessário tê-la como referência para iniciarmos a busca de uma conceituação. A *provocação jurisdicional* é um direito fundamental daquele que entender que seu direito foi lesado ou ameaçado por outro, conforme previsão do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, deve o Poder Judiciário se manifestar toda vez que uma parte interessada provocá-lo com base numa lesão ou ameaça de direito. Moreira Neto apresenta importantes meios jurídicos processuais para a defesa dos direitos fundamentais (direitos individuais, coletivos, difusos e públicos), tais como: *habeas corpus* (inciso LXVIII do art. 5º da CF); mandado de segurança (inciso LXIX do art. 5º da CF); mandado de segurança coletivo (inciso LXX do art. 5º da CF); *habeas data* (inciso LXXII do art. 5º da CF); ação popular (inciso LXXIII do art. 5º da CF); ação civil pública (inciso III do art. 129 da CF); ação de inconstitucionalidade (art. 103 da CF); ação de impugnação de mandato eletivo (§ 11 do art. 14 da CF), a queixa-crime com suspensão de funções do Presidente da República (arts. 85 e 86 da CF). Já com relação ao *acesso* aos órgãos do Poder Judiciário, Moreira Neto trata do acesso dos cidadãos à participação no júri (inciso XXXVIII do art. 5º da CF) e do acesso dos advogados às magistraturas togadas nos Tribunais (Moreira Neto, 1992: 143-155).

⁽⁷⁾ Este trabalho de Lopes faz parte de uma publicação organizada por José Eduardo FARIA, **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo: Malheiros, 1998. A pessoa interessada no assunto terá acesso a diversas perspectivas de estudo sobre o Judiciário.

Estes instrumentos exigem uma forte articulação política popular para surtirem efeito, o que é positivo pela perspectiva da educação política. Contudo, a participação popular não pode se perder em complexos processos que venham a ter o fito de dificultá-la, sob pena de contribuir “para o estabelecimento de uma relação autoritária entre governantes e governados. Essa relação, é sabido, tem provocado várias consequências negativas, desde a indiferença até a franca hostilidade do povo para com os políticos, em geral, e para os governantes, em particular” (Benevides, 2002: 196). A participação no Poder Legislativo deveria reforçar aquelas fases nas quais já se prevê a participação popular, tais como a tribuna livre e as audiências públicas que, atualmente, são realizadas meramente para cumprir formalidades. Além disso, a realização de sessões regionalizadas, como vêm ocorrendo na Câmara Municipal de Campinas, pode aproximar o povo deste poder, assim como a criação de ouvidorias.

E, por fim, a **participação no Executivo**, que este estudo visa lançar luzes com o caso dos conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente. Os conselhos da saúde foram os primeiros exemplos de participação popular junto à administração pública; desde então, pode-se dizer que o poder executivo vem passando por transformações. Isto porque, principalmente a administração da política pública está diretamente relacionada a efetivação de direitos. Segundo Comparato,

quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico (1997: 21).

A idéia de participação da sociedade, articulada ao Estado, e com o papel de formular e controlar

políticas públicas é o modelo legal de gestão que os movimentos pela infância e adolescência encontraram para reinventar a doutrina da proteção integral no Brasil⁸. Do trabalho da Maria da Glória Gohn, *Conselhos Gestores e a Participação Sociopolítica*, pode-se inferir, que, entre avanços e retrocessos, a luta pela democratização do Estado brasileiro conduziu à conquista de canais de participação dentro esfera estatal, como os conselhos deliberativos de políticas públicas da infância e adolescência.

O eixo articulatório central da temática da participação ainda continuou a ser, nos anos 1980, o da ocupação de espaços físicos para que se fizessem ouvir outras vozes além da dos que estavam no poder, para que se democratizasse a sociedade incluindo a diferença. Esse tipo de luta se concentrava em duas direções: junto às administrações locais, como grupo de pressão junto aos governantes e a representantes do Legislativo federal, na busca de se construir uma nova institucionalidade para o país que contemplasse novas leis, mais democráticas que institucionalizassem os canais de participação (Gohn, 2001: 55).

É justamente a reação ao sistema autoritário que mobilizará a sociedade brasileira a buscar uma nova forma de ser governada.

Pode-se nesta linha de observação, entender o sentido político adquirido pelo movimento que culminou na Constituição de 1988. Ao contrário do que sucedera sempre, no passado, o novo processo constituinte não veio empolgado por nenhum princípio eminente, como a independência, em 1822, a República, em 1889, a luta contra as oligarquias regionais e as conquistas sociais na Europa do entre-guerra, em 1930/34, o fascismo, em 1937, a restauração da democracia liberal, em 1945. Ele [movimento] apenas se postava contra o regime autoritário de 1964, mas não buscava explicitamente nenhum modelo externo, embora, posteriormente, alguns traços da constituição portuguesa viessem a ser percebidos” (Ferraz Jr., 1997:59).

⁽⁸⁾ A doutrina da proteção integral consiste no conjunto de princípios (valores) que concebem a criança e o adolescente como sujeito especial de direitos por se encontrarem em uma situação peculiar de desenvolvimento, cuja necessidade de proteção especial deve ser provida com absoluta prioridade pela família, sociedade e Estado, por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais. Esta definição leva em consideração dois elementos constitutivos: um material, fundada na *dignidade da pessoa humana*; e outro formal-democrático, fundado na soberania popular pelo qual *todo poder emana do povo*.

A Constituição Federal de 1988 se distingue das demais por seu processo político, em que a organização social promove a emancipação da velha relação de dominação, ao entrarem em cena na constituinte. O modelo adotado exterioriza os anseios por uma participação ativa da sociedade civil no Estado que concretize a proposta do Estado Social. Em outras palavras, trata-se não somente de uma reação ao modelo ditatorial, mas a toda história sócio-política da sociedade brasileira que, segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, tem como sentido a democratização com a finalidade de efetivar de direitos sociais (Ferraz Jr., 1997: 51).

Salienta Ferraz Júnior que o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 revela uma complicada síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social, no sentido de um “reconhecimento da necessidade de democratização da própria sociedade, vista como um ente distinto do próprio Estado, mas ao mesmo tempo integrado no Estado” (1997: 51). Tal quebra de distinção entre o Estado e a sociedade civil se dá por meio da participação da sociedade civil nos processos decisórios do Estado. É justamente pela paridade da composição dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente e por sua função deliberativa é que alguns autores estão denominando-os de “instituições híbridas” (Teixeira, 2000:102).

Esta nova conformação do Estado põe em cheque a distinção entre esfera do Estado e da sociedade civil, conforme a compreensão de Maria Vitória Benevides:

o cidadão, além de ser alguém que exerce direitos, cumpre deveres ou goza de liberdade em relação ao Estado, é também titular, ainda que parcialmente, de uma função ou poder público. Isto significa que a antiga e persistente distinção entre a esfera do Estado e a da sociedade civil atenua-se, perdendo tradicional nitidez. Além disso, a possibilidade de participação direta no exercício do poder confirma a soberania popular como elemento essencial da democracia. Reforça, ademais, a importância de se somarem os direitos políticos aos direitos sociais – pois os direitos políticos favorecem a organização para a reclamação dos direitos sociais (Benevides, 1994).

Estas novas estruturas remodelam o Estado e ampliam o exercício da democracia. Da perspectiva estrutural do Estado, com a criação dos conselhos deliberativos de políticas públicas, há desconcentração das competências que, antes, eram próprias do Poder Executivo, para um novo centro da deliberação sobre as

políticas públicas, que se caracteriza como um *esfera pública* constituída paritariamente por representantes da sociedade civil e do Poder Executivo. De acordo com Paulo Bonavides:

a democracia participativa desloca o eixo do poder no exercício da soberania, dos corpos representativos para as correntes da cidadania, e estas, sendo o próprio povo, exprimem desde as instâncias supremas, de forma direta e imediata, sua vontade, com tomar assim as decisões governativas e institucionais de grau mais elevado, as quais não podem nem devem ficar sujeitas à intermediação nem ao livre alvedrio das autoridades representativas do legislativo ou do executivo (Bonavides, 2003: 285).

Os conselhos se colocam como nova forma de governar, pautada pelos processos coletivos de construção do consenso que devam respeitar: as instâncias (fases) de decisão participativas; instâncias locais e comunitárias; os direitos fundamentais e o exercício da cidadania; e, a publicidade e a transparência dos atos. Trata-se de reinventar a democracia com a criação de esferas públicas de decisão e espaços públicos de participação, a fim de possibilitar, de um lado, o exercício do poder de decisão ao povo, formando-o para vida política social e, por outro, realizar o preceito constitucional de que todo poder emana do povo.

O CASO DA GESTÃO PARTICIPATIVA DA POLÍTICA PÚBLICA PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

A história da conquista dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, apontou para mudanças de **gestão da política pública, de conteúdo e de método**. Estes três eixos transformação resumem as principais alterações, ao menos jurídica e teórica, do Código de Menores cujo conjunto de princípio ficou conhecido por Doutrina da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral (ver Sêda, 1993).

Preliminarmente à discussão sobre a gestão participativa da política pública voltada para a infância e adolescência, faz-se necessária a colocação do problema da competência para legislar e para executar ações, denominada *material*, na área da criança e do adolescente. Segundo José Afonso da Silva, pode-se

classificar as competências primeiramente em dois grandes grupos com suas subclasses: (1) competência material, *que pode ser*: (a) *exclusiva* (art. 21); e (b) *comum, cumulativa ou paralela* (art. 23); (2) *competência legislativa*, que pode ser: (a) *exclusiva* (art. 25, §§ 1º e 2º); (b) *privativa* (art. 22); (c) *concorrente* (art. 24); (d) *suplementar* (art. 24, § 2º). (2000: 482)º.

O ato de zelar pela efetividade dos direitos da criança e do adolescente, por estes serem uma espécie do direito social, é uma **competência material comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como prevê, o art. 23 da CF: cuidar da saúde e da assistência pública (inc. II); proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inc. V); proteger o meio ambiente (inc. VI); promover programas de construção de moradias (inc. IX); combater as causas da pobreza (inc. X).

Com relação a competência legislativa, a Constituição Federal outorgou à União, aos Estados e ao Distrito Federal a **competência concorrente para legislar sobre proteção à infância e à juventude** (inc. XV do art. 24 da CF). Por competência concorrente legislativa compreende-se a possibilidade de mais de um ente da federação legislar sobre determinadas matérias. Contudo, cabe à União limitar-se ao estabelecimento das normas gerais. Disto, decorre a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal em legislar a partir da derivação das normas gerais da União, conforme prevê os parágrafos do art. 24 da CF e, no que diz respeito a competência suplementar dos Municípios, o inciso II do art. 30 da CF. A Lei Federal nº 8.069, 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) é uma norma geral, a partir da qual os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm a **competência suplementar de legislar**.

A diretriz participativa constitucional em relação à política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente está estabelecida no § 7º do artigo 227, combinado com o artigo 204, da CF. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA regulamentou este dispositivo constitucional nas suas Disposições Gerais do Título I, “Da Política de Atendimento do Livro II – Parte Especial” (artigos 86 ao 89 do ECA). Nestes artigos estão as bases legais para a criação e funcionamento dos conselhos municipais, estaduais e nacional, assim como,

a previsão das linhas de políticas públicas, as diretrizes de efetivação destas políticas e também a diretriz de funcionamento do sistema de justiça para atendimento de adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional (inciso V do art. 88).

O artigo 86 do ECA contém a síntese da idéia de participação social e popular na efetivação da política pública voltada à infância e à adolescência:

Art. 86 – A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Neste sentido, o inciso II do artigo 88 do ECA, prevê a criação dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, e estabelece competências e forma de composição:

...omissis...

II - a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, **órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis**, assegurada a **participação popular paritária** por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais

...omissis...

No exercício da competência legislativa suplementar, os poderes executivos dos municípios, estados e união criam os conselhos dos direitos da criança e do adolescente juntos às estruturas administrativas da administração direta. Nestas legislações, fica estabelecida a Política Nacional, Estaduais e Municipais para o atendimento dos direitos da criança e do adolescente em que se inclui a criação dos conselhos. Particularmente nos Municípios, também são criados os conselhos tutelares que é um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, composto por cinco membros escolhidos pela comunidade local para, num mandato de três anos, zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131 e 132 do ECA).

O inciso II do artigo 88 da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) compreende os conselhos com

(9) Importante salientar que a competência exclusiva se distingue da competência privativa por ser aquela indelegável e esta, delegável. Esta distinção técnica não é seguida de forma absoluta pela Constituição Federal, mas há dois exemplos: o parágrafo único do art. 22 e o parágrafo único do art. 84, ambos da CF.

órgão deliberativos. Po isto, é preferível denominá-los de *conselhos deliberativos de políticas públicas*. A mera existência da previsão legal de que os conselhos são deliberativos não corresponde a sua efetivação

Faz-se necessária uma advertência crítica em relação ao ponto de partida normativo exposto acima. No caso dos direitos da criança e do adolescente, o *status quo* anterior, estabelecido pelo Código de Menores, mobilizou um movimento contrário. Contudo, o conflito da situação anterior não cessou com a vigência do novo direito da criança e do adolescente. Por isso, a efetividade dos conselhos como órgão de deliberação e controle da política pública é determinado pelo conflito na rede de relações entre Estado, comunidade e mercado¹⁰.

Os conselhos deliberativos de políticas públicas, entre eles o da criança e do adolescente, foram conquistados como forma de gestão que estabelece um novo *locus* de disputa política. Pensando com Vera da Silva Telles, para a conquista ou para a efetivação de direitos

será importante reativar o sentido político inscrito nos direitos sociais. Sentido político ancorado na temporalidade própria dos conflitos pelos quais as diferenças de classe, de gênero, etnia, raça ou origem se metamorfoseiam nas figuras políticas da alteridade: sujeitos que se fazem ver e reconhecer nos direitos reivindicados, se pronunciam sobre o justo e o injusto e, nesses termos, reelaboram suas condições de existência como questões que dizem respeito às regras da vida em sociedade (Telles, 1997).

A questão sociológica que está em jogo é a necessidade de um processo de articulação dos movimentos sociais que aumente seu poder de intervenção, no sentido da reivindicação dos direitos não efetivados em *esferas públicas*. Já, do ponto de vista da ciência política, a institucionalização da participação popular no Estado possibilita a veiculação

dos interesses (verbalização) junto às *esferas públicas*, como também, o desencadeamento de ações que implementem as políticas públicas.

O peculiar à presença desses sujeitos falantes na cena política é que colocam à prova os princípios universais da cidadania, já que essa presença desestabiliza consensos, e abrem o conflito e o dissenso em torno mesmo da medida de igualdade e da regra de justiça nas relações sociais *essa medida é o terreno do conflito*, conflito que se dá exatamente em torno dos termos pelos quais essa medida é ou pode ser estabelecida (Telles, 1997)¹¹.

De acordo com Elenaldo Teixeira, é necessário distinguir *espaço público* de *esfera pública* para maior precisão na análise dos fenômenos da participação no Estado. Com relação ao movimento pela infância e adolescência, os *fóruns de defesa dos direitos da criança e do adolescente* seriam entendidos como *espaços públicos*, porque eles constituem “uma “dimensão aberta, plural, permeável, autônoma, de arenas de interação social que seriam aqueles espaços pouco institucionalizados” (Teixeira, 2001: 46). Já os conselhos dos direitos da criança e do adolescente podem ser concebidos como *esferas públicas* em razão de serem “estruturas mistas, em que se verifica a presença da sociedade civil, mas de modo vinculado ao Estado, por sua criação, composição e manutenção ou estruturas comunicacionais generalizadas, como a mídia” (Teixeira, 2001: 46).

A própria definição do Fórum Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de São Paulo constante de um panfleto que, desde 1992 vem sendo divulgado principalmente para os conselheiros durante o processo de escolha, serve para entender a função dos fóruns:

Fórum Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de São Paulo é um espaço democrático de organização da sociedade

⁽¹⁰⁾ Michel Foucault, em um de seus cursos no Collège de France (*Em Defesa da Sociedade*), partindo da idéia de “que o poder não é primeiramente manutenção e recondução das relações econômicas, mas, em si mesmo, primariamente, uma relação de força”, questiona o que seja o poder, o seu exercício e a sua mecânica. Assim, considerando a formulação de Carl von Clausewitz (*in Vom Kriege*), “a guerra não é mais que a continuação da política por outros meios... [ela] não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento da política, seu prosseguimento por outros meios”, Michel Foucault a reformula: “a política é a guerra continuada por outros meios; isto é, a política é a sanção e a recondução do desequilíbrio das forças manifestado na guerra. E a inversão dessa proposição significaria outra coisa também, a saber: no interior dessa ‘paz civil’, as lutas políticas, os enfrentamentos a propósito do poder, com o poder, pelo poder, as modificações das relações de força – acentuações de um lado, reviravoltas, etc. –, tudo isso, num sistema político, deveria ser interpretado apenas como as continuações da guerra” (Foucault, 1999: 22 e 23).

⁽¹¹⁾ No mesmo sentido ver Sato, 2003, p. 122-123.

civil e de cidadania, suprapartidário e ecumênico, composto por entidades não governamentais e por cidadãos e cidadãs da capital de São Paulo envolvidos na defesa dos direitos da criança e do adolescente, como também com os que trabalham diretamente com elas. Colaborou para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal nº 8.069, aprovado e promulgado em 13 de julho de 1990. Continua atuando em seu estudo, implantação, divulgação, enfim, nos desdobramentos e reordenamento institucional, administrativo, jurídico e financeiro (documento em anexo).

Para melhor compreender a institucionalidade das organizações envolvidas na definição e controle da política pública da infância e adolescência, há que se estabelecer a distinção entre três âmbitos decisórios: os fóruns de defesa dos direitos da criança e do adolescente, os conselhos e o Estado. O problema da definição reside em ser os conselhos deliberativos de políticas públicas da infância e adolescência um órgão híbrido. Já, para a compreensão do primeiro e do terceiro, basta partir da distinção clássica entre Estado e sociedade civil.

Os conselhos dos direitos da criança são *esferas públicas* de debate entre representantes do governo e da sociedade civil, cujos encaminhamentos são deliberações, ou seja, os conselhos formulam a vontade superior estatal. Com efeito, a exigência legal da composição paritária, entre representantes da sociedade civil e do poder executivo, tem um sentido político de altíssima relevância para a vida pública. A representação, é importante salientar, deve ser institucional, a fim de que se incentive o exercício de processos democráticos coletivos, diferenciados do processo eleitoral da democracia representativa. Assim, os conselhos dos direitos poder-se-ão tornar realmente o *locus* da produção da vontade superior do Estado, ao colocar em debate os rumos da *polis*.

CONCLUSÃO

Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente são órgãos criados juntos às esferas político-administrativas municipais, estaduais e nacional, como esferas públicas autônomas, sem vinculação hierárquica, que deliberam e controlam a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, por meio da articulação paritária de representantes de organizações não-governamentais e representantes da administração pública formuladores

de políticas públicas. Por isto, os conselhos dos direitos podem ser compreendidos como *esferas públicas*, cuja estrutura híbrida possibilita a interlocução entre Estado e sociedade civil (Teixeira, 2001: 137).

A transformação do Estado que a sociedade brasileira está exigindo desde a década de 1970 pressupõe não somente a ampliação dos serviços públicos sociais, mas também que os mesmos sejam reordenados para que a decisão política seja *legitimada* por uma instância deliberativa composta por representantes do Poder Público e da Sociedade Civil. Mecanismos como estes possibilitam a permanente interlocução entre Estado e Sociedade Civil, especialmente com seus grupos organizados, e também propiciam a continuidade dos serviços públicos que sofrem com a alternância dos detentores da vontade superior do Estado.

A participação junto à administração pública é uma forma de reinventar a democracia com a criação de *esferas públicas* de decisão, o que possibilita, de um lado, o exercício do poder de decisão ao povo, formando-o para vida política e social e, por outro, a realização do preceito constitucional de que todo poder emana do povo.

BIBLIOGRAFIA

- BENEVIDES, Maria Vitória. (1994). Democracia e Cidadania. In: **Participação Popular nos Governos Locais. Cadernos Pólis**, n. 14, São Paulo: Pólis;
- _____. (2002). **A Cidadania Ativa. Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular**. São Paulo: Ática;
- BOBBIO, Norberto. (1992b). **O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Paz e Terra Política;
- BONAVIDES, Paulo. (2003). **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores;
- COMPARATO, Fábio Konder, “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 737, Março de 1997, 86º Ano.; Ed. RT, pp. 11-22;
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. (1997). Constituição Brasileira: Modelo de Estado, Estado Democrático de Direito, Objetivos e Limites Jurídicos. In: **Parcerias Estratégicas**, São Paulo, v.1, n. 4, Dez./1997;
- FOUCAULT, Michel. (1999). **Em Defesa da Sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes.

_____. (1993). **Microfísica do Poder**. Vários Tradutores. Rio de Janeiro: Edições Graal;

GOHN, Maria da Glória. (2001). **Conselhos Gestores e a Participação Sociopolítica**. São Paulo: Ed. Cortez;

LIBERATI, Wilson D.; CYRINO, Públio C. Bessa. (1997). **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros Editores;

LOPES, José R. de Lima. (1998). Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo FARIA (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo: Malheiros, pp. 68-93.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992;

SATO, Ademar Kyotoshi (coord.) e oo. (2003). "Os conselhos de política social – algumas conclusões e resultados". In: IPEA, **Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 6, p. 121-126, fev. 2003. Disponível: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso 26 de abril de 2004;

SÊDA, Edson. (1993). **Construir o passado. Como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ed. Malheiros, Série Direitos da Criança vol. 2;

SILVA, José Afonso da. (2000). **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: 18ª ed., Ed. Malheiros

TEIXEIRA, Elenaldo C. (2000). Conselhos de Políticas Públicas: Efetivamente uma nova institucionalidade participativa? In: CARVALHO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Ana Cláudia (org.). *Conselhos Gestores*. São Paulo: Polis, p. 99-119;

_____. (2001). **O'Local e o Global – Limites e Desafios da Participação Cidadã**. São Paulo: Cortez Editora; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA;

TELLES, Vera da Silva. (1997). Direitos Sociais: afinal do que se trata?. **Revista USP**. São Paulo: n. 37, mar/mai 1988. Disponível em Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP: <<http://www.usp.br>>. Acesso 22 de janeiro de 2004;

WEBER, Max. (2004) **Ciência e Política. Duas Vocações**. São Paulo: Cultrix.

REFLEXÕES SOBRE O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Artur Marques da SILVA FILHO¹

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se refletir sobre dois aspectos da concessão do benefício da justiça gratuita: apreciação do seu requisito e a possibilidade do seu deferimento às pessoas jurídicas.

Mas, não se poderia deixar de considerar que a matéria “assistência judiciária”, derivada da nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso XXIV) é bem mais ampla. Por isso, há uma multiplicidade de aspectos no exame desta importante conquista social. É forma de equiparação dos meios de defesa, em Juízo, das pessoas que não reúnem condições de fazê-lo. É autêntico instrumento da cidadania. Esta sua vocação deve ser prestigiada, sob o enfoque da igualdade entre as pessoas.

2. BREVE HISTÓRICO

Entre os povos antigos já se observava a preocupação com os mais pobres, na linha de defesa de seus direitos. A eles, não se fazia justiça, sem propiciar mínimas condições para atuarem em Juízo. Ficariam sempre “injustiçados”. Fortes vestígios dessa preocupação, pelos desvalidos e carentes, são encontrados no Código de Hamurabi, nas normas vigentes em Atenas e em Roma.

A primeira iniciativa de ordem legal atribuiu-se à Constantino e que depois se incorporou ao Código de Justiniano: “Consistia em dar advogado a quem não possuisse meios de fortuna para constituir patrono”².

No Brasil, as Ordenações Filipinas já continham previsão de assistência judiciária³. A Constituição do Império também não cuidou deste assunto. A Lei 261 de 03/12/1841 previu a assistência judiciária, mas como ônus aceito pelos advogados.

As Constituições do Império do Brasil (1824) e a da República (1891), foram omissas, mas, a assistência judiciária vinha sendo prestada pelos advogados. Estas Constituições, no entanto, já asseguravam, na forma da lei, “a mais plena defesa com todos os recursos e meios essenciais a ela”. A respeito, Rui Barbosa, ao comentar o art. 72, § 16º, da Constituição de 1891, afirmou: “data, porém, de muito mais longe, entre nós, o patrimônio inestimável dessa garantia”⁴. E, afirmou que foi copiada da Constituição Imperial (179, nos 8 - 11) e havia sido transplantado, em 1824, da Europa livre, especialmente da Inglaterra.

A incumbência da defesa dos acusados, sem condições econômicas, foi recaindo sobre os advogados e, na Constituição de 1934, foi contemplada a assistência judiciária aos necessitados pelo Estado. A partir, de então, com exceção da Carta de 1937, todas as demais Constituições do Brasil passaram a prever esta garantia constitucional (1946, art. 141, § 35; 1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 2º).

A vigente Constituição Federal ampliou o sentido e o alcance desta garantia ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inciso LXXIV).

⁽¹⁾ Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil. Professor da PUC-Campinas e da Unesp – Câmpus de Franca.

⁽²⁾ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins – COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 2º Volume, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 374.

⁽³⁾ Roberto Luis Luchi Demo. Assistência Judiciária Gratuita. RT, 797, março de 2002, p. 731.

⁽⁴⁾ Rui Barbosa – Comentários à Constituição Federal Brasileira, Vol. 6, Saraiva, São Paulo, 1934, p. 388; João Barbalho Uchoa Cavalcanti – Constituição Federal Brasileira – Comentários – F. Briguiet e Cia Editoras, Rio de Janeiro, p. 436.

3. DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO CIVIL

A defesa dos necessitados, também, se expandiu no âmbito do processo civil. Mas, com o advento do Código de Processo de 1939, esta disciplina foi expressamente detalhada nos artigos 68 a 79, que, por certo, serviram de inspiração para a edição da Lei 1060/50, com as modificações advindas de leis posteriores. As disposições em vigor atualizaram as regras anteriores, mas no fundo, cuidaram dos mesmos assuntos. Veja-se, por exemplo, o “*caput*” do art. 68, do Código de 1939, e o parágrafo do art. 2º da Lei 1060/50. Diz o primeiro: “a parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozará do benefício da gratuidade que compreenderá...”. O segundo dispositivo acima mencionado, “considera necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 68, parágrafo único, fez distinção entre o “benefício da justiça gratuita” e “assistência judiciária”. Esta última, por certo, já funcionava em alguns lugares. Carvalho Santos, expressamente, afirmou “quando no lugar, por qualquer razão, não estiver funcionando a assistência judiciária, caberá ao juiz nomear o advogado que deverá defender o beneficiado”⁵.

Pontes de Miranda esclareceu que há diferença entre *assistência judiciária e benefícios da justiça gratuita*⁶. Benefício da justiça gratuita é direito de dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o Juiz que tem o poder-dever de entregar a prestação jurisdicional. Instituto de direito pré-processual, a assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. O instituto é mais de direito administrativo do que de judiciário civil, ou penal.

A assistência judiciária no Estado de São Paulo, na atualidade, é compreendida como o auxílio que o Estado oferece, através da Procuradoria Geral do Estado,

pelos seus procuradores ou conveniados, aos que se encontram em situação de miserabilidade, dispensando-os das despesas. Por isso, as formas de concessão da *assistência judiciária* e da *justiça gratuita* são diferentes. A primeira tem valoração prévia da Administração Pública, na qual o requerente comprova o estado de miserabilidade, enquanto a segunda é examinada pelo juiz da causa. É verdade que a primeira, quando avaliada em sede administrativa, e deferida em sede jurisdicional, engloba a segunda.

Luiz Alberto Thompson Flores Lenz, ressalta que esta discussão entre assistência judiciária e justiça gratuita perde sentido desde o advento da Constituição Federal. Explica, no entanto, que “grande número de juristas sequer concebem a diferenciação” em face da única disciplina legal (Lei 1060/50)⁷.

4. APRECIÇÃO DO REQUISITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Na doutrina e na jurisprudência tem preponderado exegese favorável à facilitação do acesso à justiça. Destarte, à concessão dos benefícios da gratuidade judicial não se tem exigido, na linha dos princípios constitucionais, comprovantes ou outros expedientes das pessoas que “*necessitem recorrer à Justiça*” (art. 2º da Lei 1.060/50).

Neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao fixar a seguinte ementa:

*a CF, em seu art. 5º, LXXIV, inclui entre os direitos e garantias fundamentais a assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos; entretanto, visando facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), pode o ente estatal conceder assistência judiciária gratuita mediante a presunção ‘iuris tantum’ de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*⁸.

O requisito do artigo 4º, da Lei 1060/50, para a concessão do benefício da justiça gratuita é a declaração

(5) J.M. Carvalho Santos – Código de Processo Civil Interpretado, Vol. I, Livraria Editora Freitas Bastos, São Paulo, 1945, p. 284.

(6) “COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1.967, COM A E. C. N.º 1 DE 1.969”, vol. V, 3ª Ed., Forense, Rio, 1.987, p. 642.

(7) Luiz Alberto Thompson Flores Lenz - “Da Concessão da Assistência Judiciária Gratuita às Pessoas Jurídicas e aos entes beneficentes”, RT, 674, Dez. 1991, p. 65.

(8) RE 204.305-0-2-PR – 1ª T. – J. 05.05.1998 – Rel. Min. MOREIRA ALVES – DJU 19.06.1998 – RT. 755/182.

pertinente. A lei não exige qualquer outra providência para o deferimento do benefício. Neste sentido, reconhece a jurisprudência que

*a declaração de insuficiência de recursos é documento hábil para o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita, mormente quando não impugnada pela parte contrária, a quem incumbe o ônus da prova capaz de desconstituir o direito postulado*⁹.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou nesse diapasão entendendo que “goza de presunção legal a declaração firmada sob as penas da lei de que o pagamento das custas judiciais importará em prejuízo do sustento próprio ou da família, somente sendo afastada por prova inequívoca em contrário a cargo do impugnante”¹⁰.

No 2º Tribunal de Alçada Civil já se decidiu que *para a entrada da gratuidade na justiça, não se exige o estado de penúria, mas pobreza na acepção jurídica do termo. A condição meramente econômica, ou seja, de quem tem bens, mas apenas se equilibra na condição financeira e pode sofrer prejuízo de sustento próprio ou de família, na iminência de ter que ingressar na Justiça, não arreda o direito ao benefício*¹¹.

A existência de propriedade do imóvel, em *sumaria cognitio*, não afasta a presunção de pobreza.

O fato de ser o requerente advogado não exclui a possibilidade de obtenção dos benefícios da gratuidade judicial, consoante precedente:

*Assistência judiciária gratuita - Pedido feito em favor de advogado - Circunstância que, por si só, não indica que o requerente, pelo simples exercício da atividade advocatícia, tenha condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da família - Presunção de pobreza não ilidida - Agravo de instrumento provido para deferir o benefício negado no r. despacho recorrido*¹².

Assim, quando comparece o “necessitado” em Juízo, pela primeira vez, basta a sua simples afirmação.

As regras da experiência comprovam: no Estado de São Paulo as pessoas pobres são assistidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária, diretamente ou indiretamente pelos Convênios. Não se abomina a idéia de que um advogado, preste os serviços advocatícios e, em nome de seu mandante, requeira os benefícios da gratuidade judicial. A diferença é que, nessa última hipótese, o advogado não será remunerado (nem pelo Estado e nem pela OAB), por não participar do Convênio, ou participando, por desrespeitar a ordem de nomeação.

É certo que a própria Lei de Assistência Judiciária, como já se afirmou, admite pedido superveniente, no curso da lide, mas mediante provas. A presunção *hominis* não prevalece. Desse modo, deve ser provada a situação de “necessitado”, sem o que, o pedido de assistência pode ser indeferido, de plano, pelo Juiz. Isto é, no curso do processo, quando a pessoa está representada por advogado particular, principalmente, nos conflitos envolvendo direito patrimonial, o requerimento de concessão dos benefícios de gratuidade judicial deve ser instruído com provas que revelem a alteração da situação econômica.

A propósito, da literal interpretação do artigo 5º da Lei 1.060/50 se conclui que a presunção de pobreza não é absoluta, pois estabelece que “o juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano...”.

No curso da ação pode sobrevir pedido, na forma do artigo 6º da Lei 1.060/50, mas facultou-se ao Juiz, em face das provas, a possibilidade de denegar ou conceder de plano os benefícios da gratuidade judicial.

Preferível, portanto, na hipótese de requerimento superveniente de gratuidade judicial, subministrar melhores elementos de convicção, principalmente, prova da alteração econômica, não bastando singela declaração de pobreza.

5. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Não há uniformidade de pensamento na doutrina, nem na exegese firmada pelos Tribunais. Divisam-se

⁽⁹⁾ RTJ 158/963.

⁽¹⁰⁾ REsp. 142.448 - RJ - STJ - 4ª T. - Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - J. em 18.06.98 - “in” DJU de 21.09.98, pág. 181. No mesmo sentido: REsp. 193.271 - RJ - STJ - 4ª T. - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - J. em 17.12.98 - “in” DJU de 15.03.99, pág. 257.

⁽¹¹⁾ TJ/SP - Agravo de Instrumento n. 242.349-1 - Campinas - Relator: BENINI CABRAL - CCIV 7 - V.U. - 15.02.95.

⁽¹²⁾ Al. nº 728.744-00/4, Rel. Juiz CLARET DE ALMEIDA, 9ª Câma., j. 20/02/2002.

duas direções, na atualidade, em face do que dispõe o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. A primeira, mais abrangente, sustenta que

*o acesso ao Judiciário é amplo, voltado também para as pessoas jurídicas. Tem como pressuposto a carência econômica, de modo a impedilas de arcar com as custas e despesas processuais. Esse acesso deve ser recepcionado com liberalidade. Caso contrário, não será possível o próprio acesso, constitucionalmente garantido. O benefício não é restrito às entidades pias, ou sem interesse de lucro. O que conta é a situação econômico-financeira no momento de postular em juízo (como autora ou ré)*¹³.

Na doutrina, Pontes de Miranda, Barbosa Moreira, Humberto Pena de Moraes, José Fontenelle da Silva, José Roberto de Castro e Luiz Alberto Thompson Flores Lenz, também admitem a concessão de assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas¹⁴.

A segunda, na direção oposta, argumenta que

*não tem a pessoa jurídica, ordinariamente, direito à assistência judiciária, que é restrita às pessoas físicas. Na definição de necessitado, o parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060, de 05/02/1950, refere-se àquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o que exclui a pessoa jurídica, salvo as entidades pias e beneficentes sem fins lucrativos. A Lei Federal 1.060/50 alcança apenas as pessoas naturais que não tenham capacidade financeira para suportar as custas e despesas processuais*¹⁵.

Contudo, há certa tendência de, em hipóteses excepcionais, admitir-se às pessoas jurídicas o acesso à Justiça, por via da concessão do benefício da justiça gratuita. Em antigo precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já se continha a idéia de que **“a justiça gratuita é restrita aos necessitados”**, não se fazendo distinção, para o efeito da apreciação do requisito da miserabilidade, pessoas físicas de jurídicas. O conceito de necessidade, ressaltou-se no v. acórdão, **“há de ser fixado em função da situação econômica da pessoa ou entidade, e não a finalidade de sua atuação, por mais nobre e altruísta que possa ser”**¹⁶.

É possível, portanto, admitir-se o deferimento da concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas, quando se comprovar a alvitada situação econômica. E, não basta simples afirmações, como em certa hipótese já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, onde ficou esclarecido que “a microempresa que comprove a dificuldade para suportar as despesas do processo tem direito ao benefício da assistência judiciária”¹⁷.

A ampliação do conceito de necessitado, na Constituição Federal, estende-se **“aos que comprovarem insuficiência de recursos”**, permitindo que o benefício da gratuidade judicial possa ser estendido às pessoas jurídicas. Mas, a prova de necessidade, evita questionamentos judiciais. Por isso, é que a tendência que vai se firmando é na direção de que **“nada impede que a pessoa jurídica faça jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, quando comprovar que não tem condições de suportar os encargos do processo”**¹⁸.

Em certo precedente, em que fui Relator, firmou-se a seguinte ementa:

⁽¹³⁾ STJ. RSTJ 102/493, REsp. 127.330-RJ, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

⁽¹⁴⁾ Pontes de Miranda, F.C., “Comentários ao CPC”, Tomo I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 437; Barbosa Moreira, “O Direito à Assistência Jurídica: evolução o ordenamento brasileiro de nosso tempo”, in: As garantias do cidadão na Justiça, coordenação: Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 212; demais autores citados na RT. 674 ps. 63/69.

⁽¹⁵⁾ TJRJ DORJ 14.9.2000, p. 273, Ap. 3.161/00, Rel. Des. Eduardo Sócrates.

⁽¹⁶⁾ RT. 543/211.

⁽¹⁷⁾ STJ RSTJ 103/292, REsp. 122.129-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

⁽¹⁸⁾ REsp. 202.166 - RJ - STJ - 3ª T. - Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER - J. em 13.02.2001 - “in” DJU de 02.04.2001, pág. 287. No mesmo sentido: REsp. 400.743 - RS - STJ - 3ª T. - Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - J. em 03.10.02 - “in” DJU de 25.11.02, pág. 230; REsp. 324.055 - RJ - STJ - 5ª T. - Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - J. em 04.10.2001 - “in” DJU de 04.02.2002, pág. 485; REsp. 304.399 - SP - STJ - 4ª T. - Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - J. em 18.10.2001 - “in” DJU de 04.02.2002, pág. 383; REsp. 299.063 - SP - STJ - 3ª T. - Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - J. em 26.03.2001 - “in” DJU de 08.10.2001, pág. 214.

Para o efeito da apreciação do requisito da miserabilidade, não se deve distinguir pessoas físicas das jurídicas. O conceito de necessidade há de ser fixado em função da situação econômica da pessoa ou entidade pretendente, e não da finalidade de sua atuação. A comprovação do real estado econômico, para ensejar a

*concessão do benefício na via excepcional, deve ser feita no momento em que se pleiteia o pedido*¹⁹.

As duas reflexões a respeito da gratuidade judicial não esgotam todas as questões, mas revela uma visão pessoal a respeito.

⁽¹⁹⁾ (Agravo de Instrumento nº 775.763-0/7 - 11ª Câmara do 2º TAC-SP, j. 16/12/02).

ASSOCIAÇÕES, SOCIEDADE E FUNDAÇÕES

José Raul Gavião de ALMEIDA¹

O novo Código Civil discriminou, como é da tradição de nosso direito, as pessoas físicas (artigo 6º) das pessoas jurídicas (artigo 40). Estas últimas foram classificadas como “associações, sociedades e fundações” (artigo 44). As “associações” são pessoas que se unem e se organizam sem fins econômicos (artigo 53). As “fundações” se constituem para fins religiosos, morais, culturais ou assistenciais (artigo 62). As “sociedades” são pessoas jurídicas instituídas com fim econômico (artigo 981) e classificadas em “simples e empresariais” (artigo 981). A categoria “empresário”, a seu turno, trouxe relevante modificação ao sistema, civil e comercial, anterior. Ela, a sociedade empresarial, é a que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços” (artigo 966).

Toda a matéria de direito privado passou a ser regulada no novo estatuto civil, sem relevo a classificação mercantil ou civil estrito senso. As sociedades passaram a ser disciplinadas pelo direito civil, afastada a preocupação acadêmica sobre tratar-se de ato comercial ou não. É que a teoria dos atos de comércio foi abandonada. Sucedeu-a a “teoria da empresa”. Mesmo não se podendo esquecer no direito comercial a natureza do ato, para o novo Código Civil maior relevo ganhou a figura do “empresário”. Por isso o disciplinou.

As sociedades empresariais podem apresentar-se com existência de “fato” ou de “direito”, em consequência de terem, ou não, o registro mercantil (artigo 967).

É este ato que transforma a personalidade meramente física da empresa, em jurídica. No livro próprio, a sociedade, ou o empresário, deve lançar seus dados, como capital, objeto e sede da atividade (artigo

968). A sociedade empresarial deve dispor de ato constitutivo para o registro (artigo 985). É a forma como se distinguem as sociedades personificadas das sociedades de fato (Lei nº 8.934/94).

O Código Civil, em síntese, absorveu do Código Comercial e das leis esparsas a disciplina sobre sociedades em conta de participação (artigos 991/996); sobre sociedades simples, que se podem formar com pessoas físicas e jurídicas (artigos 997/1038); (artigos 1039/1044); sobre sociedade em nome coletivo; sobre sociedade em comandita simples (artigos 1045/1051); sobre sociedade limitada (artigos 1052/1087). A Sociedade Anônima, a par dos artigos 1088/9, segue regida pela lei especial. Igual foi a solução entregue às sociedades em comanditas (artigo 1090) e às cooperativas (artigo 1093). Esquecido, não restou a hipótese de coligação de sociedades (artigo 1097).

Em síntese, a disciplina sobre sociedade (fim econômico), em consequência da nova teoria sobre “empresa, acabou se deslocando do Código Comercial para o Código Civil, sob o título “Direito de Empresa” (Livro II).

Não se trata de transferência radical da matéria, como ressalva o artigo 2045 do Código Civil.

Pela terminologia empregada pelo Código, as pessoas jurídicas passaram a se distinguir entre “associações e sociedades” (artigo 44). Estas se caracterizam, repete-se, pelo fim econômico que perseguem (artigo 981).

O Código Civil de 1912 não discriminava as pessoas jurídicas em função da finalidade, englobando todas sob o termo sociedade (artigo 16). Isto é, não distinguia entre sociedade e Associação, entre união de pessoas motivadas por sublimes razões ou na perseguição de interesse mercantil.

⁽¹⁾ Juiz de Direito e Professor da Universidade São Paulo

O atual estatuto civil, ao contrário, discriminou as figuras de sociedade e associação pela motivação com que se formam.

O termo “sociedade” não mais serve para designar reunião de pessoas com propósitos não egoísticos ou para configurar união de pessoas movidas por pureza sentimental.

É certo que o vocábulo, quando específico, quando o termo tem nitidez conceitual, empresta segurança à área da ciência a que se liga. No plano do Direito, esta coerência reflete elevação da cultura jurídica de um povo.

Este deve ter sido o cuidado da inovação posta no Código Civil, quando discriminou os institutos da “sociedade”, da “associação” e da “fundação”.

Todavia, quanto às duas primeiras figuras, esquecido restou que a controvérsia doutrinária sobre suas conceituações já fora objeto de discussão quando da votação do art. 16 o Código Civil de 1916.

Classificar portanto os dois institutos – associação e sociedade, em função da motivação que impulsiona a reunião das pessoas, se respaldada em lições científicas, desatendeu, por outro lado, o valor da segurança jurídica que o tempo, a partir de 1916, formou no direito brasileiro.

O termo “sociedade” ficou reservado, pelo art. 981 C.C., à união de pessoas com intuito egoístico. Mas é ele usado no Código, também, para pessoas físicas que se unem sem sentido egoístico, sim com finalidade inversa, só sentimental. É a “sociedade” referida pelo art. 1567 CC/02. Restou da reforma, de qualquer maneira, o mesmo termo empregado para qualificar união de pessoas com diferentes propósitos. Não se alcançou, para específico vocábulo, nitidez conceitual.

Para atender à tradição de nossa cultura jurídica, melhor coerência vocabular (art. 1567 C.C.) ganharia a reforma se não restringisse o termo “sociedade” ao intuito econômico na reunião de pessoas.

O Código de Napoleão, anterior e conhecido por nossos legisladores do Código Civil de 1916, dispunha no art. 1832 sobre “associação”. Classificava-a como “um contrato pelo qual duas ou mais pessoas convêm colocar alguma coisa em comum, tendo em vista partilhar o benefício que daí poderá resultar”.

O estatuto que nos influenciou e moldou o art. 16 do Código Civil de 1916, não levou à discriminação

que agora se fez. A idéia de diferenciar os institutos, sociedade e associação, não é doutrinariamente pacificada (Alcindo Pinto Falcão, Parte geral do Código Civil, p. 118, Ed. Kongério) e era antes bem conhecida.

Ao dispor o art. 59 § único do novo Código sobre associação escreve: “Compete privativamente à assembléia geral: I – eleger os administradores; II – destituir os administradores; III - aprovar as contas; IV - alterar o estatuto. § Único. Para as deliberações a que se referem os incisos II e IV é exigido o voto concorde de 2/3 (dois terços) dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de 1/3 (um terço) nas convocações seguintes”.

As grandes associações, como a dos Funcionários Públicos do Estado de S. Paulo, as associações desportivas, como o Corinthians ou o Flamengo, mesmo o tradicional clube Paulistano, têm em seus quadros mais de 200.000 associados.

Reunir 70.000 associados, em segundas convocações de assembléias, torna-se inviável. Não dispõem de espaço para agrupar tantos em um só momento.

O § único do art. 59 C.C. deve ser interpretado, para ser aplicado.

Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil, v. I, p. 289, 3ª ed., Atlas), sobre o citado dispositivo escreve: “o legislador, atento a abusos que ocorrem com frequência, preferiu ser detalhado nessa hipótese, estabelecendo um quorum, mínimo a ser obedecido em importantes decisões sociais ... O futuro nos dirá se esse é o caminho correto”.

Ante a impossibilidade material para atuar o art. 59 C.C., em razão do número de sócios exigido para quorum de votação, não se deve esperar o futuro dizer sobre seu desacerto. O presente já o revela, quando se lembra que, por força do art. 2031 CC, as associações têm prazo para se adaptarem às disposições do novo Código. Como obedecer ao art. 2031 C.C. se o § único do art. 59 criou intransponível obstáculo para as associações, com elevado número de associados, poderem alterar seus estatutos?

O preceito comentado está conduzindo a um contra-senso: manda alterar estatuto mas fixa impedimento material ao ato.

Com certeza, o texto comentado (§ único, art. 59) resultou de cochilo do legislador, aprovando redação defeituosa, com desvirtuamento de frases, ao se referir

à deliberação com “maioria absoluta **dos associados**” ou com 113 na convenção seguinte.

O que é viável e comum em tais casos, é o da maioria absoluta, ou 1/3, dos associados “presentes” à assembléia e não tal quantidade dos integrantes do quadro social.

Veja-se que a regra posta no art. 57 CC, ao dispor sobre “deliberação pela maioria absoluta dos **presentes** à assembléia geral”, é mais exigente que a do parágrafo único do art. 59. Um é caso de “exclusão de sócio”, o outro de “destituir administrador”.

Com a exclusão do sócio, não há conseqüente destituição do Administrador? Com o quorum de votação do art. 57 se pode excluir sócio, do que decorre a destituição do administrador. Neste caso, quorum diz respeito aos sócios “presentes” à assembléia. Não é lógico exigir para a votação de matéria menos relevante “quorum” mais numeroso, voto dos que integram o quadro social.

Para coerência com o art. 57 C.C., e viabilidade do art. 2031 C.C., é evidente que a redação do § único art. 59 C.C., ao se referir à “maioria absoluta dos associados”, deve se entender “maioria absoluta dos associados” **presentes à assembléia**. Isto porque, para a deliberação sobre a matéria da convocação, expresso está, na alínea anterior do § único do art. 59, que bastam “**2/3 dos presentes à assembléia**”. Assim se deve entender que, “para as deliberações referidas nos incisos II e IV, é exigido o voto concorde de 2/3 (dois terços) dos presentes à assembléia, não de 2/3 dos associados”.

Tratando-se de assembléia geral, a matéria referente aos incisos II e IV do art. 59 ficou sujeita a

duas votações. A primeira sobre a pertinência do assunto, com votação condicionada à aprovação por 2/3 dos presentes. Em seguida, para a votação do mérito, instituiu-se, como exigência para aprovação, o voto da “maioria absoluta” (ou 113 nas convocações seguintes). É lógico que se trata de quorum dos votos presentes, maioria absoluta ou 1/3 dos associados **presentes**.

Impõe-se esta interpretação retificadora da lei, a ela aplicando-se o correto sentido, mesmo que oposto à expressão defeituosa da norma.

Há, no caso em exame, conflito entre a vontade da lei e sua expressão. A interpretação modificativa visa retificar erro de redação, alcança a vontade do legislador, no que desejou dizer, não no que disse. Isto é, aplica-se o que foi efetivamente querido, porque o princípio jurídico que rege a hipótese está, não na lei, mas no direito.

Esta interpretação harmoniza o suposto conflito entre os artigos 57 e 59 C.C., sobre quorum de votação, com base nos sócios presentes à assembléia ou com base no número de associados da instituição. Assim, deixa de haver divergência entre os textos, porque o § único art. 59 rege hipótese de quorum para votação de associados **presentes** à assembléia, por compreensão extensiva do art. 57 C.C..

A lei não é fim em si, tende a operar na vida prática, o que, como no caso sub-examine, só será possível com interpretação sistemática, não isolada de texto.

A determinação do art. 2031 C.C., só será viável com a votação de sócios presentes à assembléia, não dos figurantes do quadro social.

INCLUSÃO SOCIAL PELO TRABALHO – NOVOS PARADIGMAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Henrique Macedo HINZ¹

Já não mais se discute a situação de subordinação do trabalhador na relação de emprego, decorrendo daí, inclusive, o princípio de proteção ao hipossuficiente. E esta hipossuficiência se funda em dois motivos fáticos.

O primeiro deles é a assimetria entre o tomador e o fornecedor do trabalho, ou seja, entre o empregador e o empregado. Enquanto aquele, ao propor a celebração do contrato de trabalho, encontra-se sozinho na fixação das condições em que o trabalho será exercido, sem concorrência com outros pretensos empregadores; no lado dos trabalhadores há uma intensa concorrência entre aqueles que pretendem se tornar empregados de quem oferece o posto de trabalho, motivo pelo qual tenderão, fatalmente, a aceitar condições menos benéficas que as eventualmente aceitas por outro trabalhador que lhes anteceda, numa verdadeira “corrida para o fundo”.

Em segundo lugar, enquanto aos empregadores, que podem ser empresários ou capitalistas², existe a opção de garantia das condições de sua vida por outro meio que não o de contratar empregados para o exercício de suas atividades empresariais, aos trabalhadores não é dada outra opção para a garantia de seu sustento que

não o de encontrar quem compre seu trabalho, sobretudo em uma sociedade, como a que vivemos, fundada num capitalismo de mercado.

Tem-se aí, de forma bastante resumida, os fundamentos fáticos que justificam todos os princípios e regras de Direito do Trabalho vigentes no mundo capitalista de organização do trabalho, para não dizer da própria existência deste ramo do Direito. É de se verificar que esta assimetria desaparece ao se considerar as relações *coletivas* de trabalho, visto que aí a união dos trabalhadores faz desaparecer a concorrência entre eles quando da acertação das condições de trabalho, não se aplicando, portanto, os princípios do Direito Individual do Trabalho ao Direito Coletivo do Trabalho.

Assim, já a partir do início do Século XX, o modelo de trabalho subordinado tornou-se hegemônico no modo de organização capitalista, sendo que ao lado dele, com menos importância, continuaram a existir outras formas de trabalho, como o de empreitada, avulso, eventual e o autônomo.

No presente ensaio buscar-se-á demonstrar que, diferentemente do que se tem até hoje pensado, o

⁽¹⁾ Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª Região. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Doutorando em Economia Aplicada pelo Instituto de Economia da UNICAMP. Professor concursado do Departamento de Teoria Econômica do Instituto de Economia da UNICAMP. h.hinz@uol.com.br

⁽²⁾ Há uma sensível diferença entre o capitalista e o empresário, conceitos que são muitas vezes usados como sinônimos. Numa visão econômica bastante simples, *capitalista* é quem detém certa quantia de capital para investimento, cuja finalidade é apenas a de se valorizar. Esta valorização do capital pode se dar através da compra de trabalho ou por investimentos financeiros. O capitalista não depende do produto deste investimento para sobreviver. Por sua vez, *empresário* é aquele que, administrando um conjunto de bens corpóreos e/ou incorpóreos, explora uma atividade econômica, conforme definição do atual Código Civil. Poderá o empresário depender dos resultados de sua atividade para a sua manutenção material, ou não. Não dependendo, será um capitalista; dependendo, será apenas um empresário. Assim, é de se ver que não necessariamente o capitalista é um empresário, nem este é sempre um capitalista, afinal, uma pessoa física, sem se constituir em empresa, pode aplicar no mercado financeiro, tão somente com a finalidade de aumentar seu capital; um empresário pode usar da atividade empresarial com a única finalidade de garantir seu sustento, sem com ela auferir o retorno de seus gastos com uma margem de lucro, mas em verdade estará usando esta atividade para garantir o sustento seu e o de sua família.

trabalhador autônomo vem, cada vez mais, se aproximando da situação fática então verificada com os trabalhadores subordinados, o que justificaria a atribuição àquele de parâmetros mínimos de garantias quando da contratação com os tomadores de seus serviços, como no passado se garantiu a estes.

MUDANÇA NA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO DENTRO DO REGIME CAPITALISTA

Depois de décadas de hegemonia, o modelo *fordista* de organização do trabalho, baseado na verticalização da produção, vem sendo substituído pelo *toyotista*, onde, diferentemente do anterior, ela é distribuída entre uma rede de produtores e/ou fornecedores, naquilo que se costumou denominar a horizontalização da produção.

No modelo *fordista*, assim denominado em homenagem ao seu criador, Henry Ford, dono da Ford Motor Co., buscava-se produzir, na própria empresa, o máximo de itens necessários para a montagem dos veículos. Desde o motor, passando pelo chassi, suspensão, etc., na medida do possível, todas as peças eram pela própria empresa produzidas. Não só elas, mas também as atividades secundárias e acessórias eram de sua responsabilidade. Este modelo demandava grandes investimentos não só de bens de capital, mas também de mão-de-obra e de estoques.

Por volta da década de 80, fatores econômicos os mais diversos levaram ao surgimento, no Japão, do sistema *toyotista*, assim denominado por conta da indústria automobilística onde foi idealizado – a Toyota. Por este sistema, que se fundou na necessidade de se reduzir os custos com capital e custos fixos, bem como na pouca disponibilidade de espaço físico daquele país para a construção de grandes indústrias, aliado à grande heterogeneidade dos produtos que tinha de produzir, passou-se a delegar a terceiros, industriais ou prestadores de serviços, muitas das atividades que eram anteriormente realizadas dentro da própria empresa. Isto garantiu não só a diminuição no tamanho das plantas, como também redução de investimentos em máquinas, estoques, custos fixos de mão-de-obra, etc. que, aliados à inserção da robótica e da informática nas linhas de produção, gerou uma verdadeira revolução que se espalhou por todo o mundo ocidental. Todas as empresas cujos concorrentes tivessem aderido ao novo modo de produção, com a conseqüente redução de custos e aumento de lucros, tinham de a ele se adaptar, sob pena de falirem. E foi o que se deu.

Decorre deste novo paradigma o que passou a ser chamado de *terceirização*, surgindo então inúmeras empresas de pequeno e médio portes responsáveis pelo abastecimento das grandes. De lá para cá aumentou, também, o número de trabalhadores autônomos, muitos dos quais, dispensados de seus empregos anteriores, só encontraram nesta forma de trabalho uma fonte de renda, dado que seus postos de trabalho praticamente desapareceram dentro das empresas.

Também o desenvolvimento da informática e da robótica tiveram um importante papel na reestruturação do trabalho, dado que permitiram a ascensão de um novo tipo de profissional – o especialista em informática – bem como o “retorno” a um modo de trabalho desde o término da I Revolução Industrial esquecido – o trabalho a domicílio – por intermédio do uso de novas tecnologias, denominado *teletrabalho*.

Todos estes fatos, aqui extremamente resumidos, acabaram por pulverizar o exercício de qualquer trabalho, fazendo que, mesmo o trabalho dentro de grandes indústrias seja cumprido por poucos empregados das mesmas, posto que trabalhadores de empresas terceirizadas podem mesmo trabalhar lado a lado com estes.

Embora se possa argumentar que este novo paradigma de organização do trabalho só diga respeito às grandes indústrias, mormente as multinacionais, é fato incontestável que o surgimento de milhões de micro, pequenas e médias empresas àquelas vinculadas por intermédio de contratos de prestação de serviços ou fornecimento de produtos atrai a atenção de estudiosos das mais diferentes áreas do conhecimento humano, como a administração, a economia, a psicologia, etc. O direito também se encaixa neste rol, mormente o Direito do Trabalho, que acabou sendo chamado a exercer seu papel dentro desta nova realidade, como se verá a frente.

O TRABALHO COMO FORMA DE INSERÇÃO SOCIAL

O trabalho humano é objeto de estudos da filosofia, da psicologia, da economia, do direito, etc. Sobre tudo no campo da sociologia, atrelado a conceitos de economia, sabe-se atualmente que para a esmagadora maioria da população ocidental o trabalho é a única e possível fonte de renda. Mais que isso, é fato incontroverso que a sociedade ocidental, incluídos aí os países anteriormente pertencentes ao bloco comunista, se funda no consumo – não só considerado como forma

de aquisição dos bens e serviços necessários à sobrevivência do indivíduo e de sua família, mas sobretudo como forma de *inserção social*. Quer dizer, a inserção do sujeito dentro da sociedade em que vive se dá em função de seu padrão de consumo, e não só em face de seu grau de instrução, origem familiar, etc., como se dava num passado não muito distante.

Vem se verificando nos últimos tempos que instituições clássicas do Estado, como as garantidoras da educação, da saúde, da segurança, vem, paulatinamente sendo por este delegadas à iniciativa privada, o que faz muitos estudiosos defenderem a modificação da noção de *cidadania* pela de *consumo*. E só quem tem renda pode se dar ao luxo de adquirir estes serviços ou benefícios antes cedidos pelo Estado em face dos tributos pagos.

Dada esta nova realidade existente no modo de organização da sociedade, vem à tona o importantíssimo papel de se garantir a todos o acesso a uma fonte de renda, para a garantia de sua própria sobrevivência. E é justamente devido à ausência desta possibilidade, sobretudo no que se refere à impossibilidade de se obter uma fonte *lícita* de auferição de renda que se assiste à assustadora onda de criminalidade verificada nos centros urbanos por pessoas que alijadas da possibilidade de se sustentarem dignamente, lançam-se nas atividades ilícitas e criminosas para obterem suas fontes de ganho.

Ao que parece, mais do que uma maldade ínsita destes indivíduos criminosos, estão eles sujeitos a forças invisíveis oriundas das propagandas comerciais que dão a entender que só quem tem dinheiro pode ser feliz, viver bem, ser admirado por seus pares. A pouca ou nenhuma instrução de muitas destas pessoas, o desmantelamento dos padrões de coesão social, com o desaparecimento dos vínculos de sociabilidade trazidos pela *reificação* das relações, bem como a expectativa de impunidade gerada por um Estado que já não mais consegue cumprir suas atividades básicas, sobretudo as relacionadas à segurança pública e à aplicação da justiça, gera um *caldo* social altamente explosivo, cujos resultados podem ser facilmente vistos diariamente nas páginas policiais dos jornais.

O NOVO MODO DE REGULAÇÃO DO TRABALHO

Se o trabalho não é mais só uma forma de obtenção de renda, mas também agora um meio de garantia de inserção do indivíduo na sociedade, e dado que desde a década de 80 se alterou o paradigma de

organização do mesmo, é de se analisar a forma como o Direito do Trabalho deve se comportar frente aos novos fatos.

Atente-se que não se pretende aqui defender que o direito, mormente o Direito do Trabalho, deva se *adaptar* a esta nova realidade, o que levaria à crença de proeminência da economia sobre o direito, idéia equivocada por muitos defendida. Em verdade é necessário saber como o direito e, face o presente estudo, o Direito do Trabalho, passará a lidar e regular esta nova realidade, tendo em vista seus princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos na Constituição Federal de 1988.

Dado que o modelo *fordista* foi por décadas hegemônico, quase que a totalidade das legislações laborais, incluindo aí o modo de atuação sindical, nele se fundou. Com a substituição daquela forma de organização pela *toyotista*, com a conseqüente pulverização dos grandes parques industriais, não só o direito estatal laboral se fragilizou, mas, sobretudo, a representação sindical se viu altamente prejudicada. No Brasil, onde a organização dos sindicatos se dá em função da categoria de empregados e empregadores, as conseqüências foram mais sérias.

O ponto mais relevante desta mudança foi o deslocamento do modo de regulação do trabalho do âmbito das grandes empresas para os pequenos locais de trabalho. Ou seja, se antes uma determinada lei abrangia um sem número de trabalhadores, no modelo atual acabam muitos sendo excluídos de sua abrangência, seja porque se tornaram empresários, seja porque deixaram de ser empregados para se tornarem trabalhadores autônomos. O sindicato também se viu tolhido em seu exercício de representação, pois que além de ver diminuída sua base de representação, teve de passar a atuar nos inúmeros novos postos de trabalho, e já não mais na grande empresa que centralizava a quase totalidade de seus representados ou filiados. E a perda de representação, com a conseqüente redução na obtenção de recursos, vêm reduzindo o campo e capacidade de atuação das entidades sindicais, o que é bastante grave se se considerar a representação profissional.

Se o Direito do Trabalho já chegou a ser defendido como um *tertium genus* dentro do direito, dada a simultânea existência de normas de caráter público e de autonomia contratual das partes, diferentemente do que se verificava, respectivamente, com o direito público e o privado, é sabido que esta sua realidade decorria do fato de que a rapidez com que as relações fáticas se

davam no ambiente de trabalho, bem como a heterogeneidade das mesmas, impediam a exclusividade do legislativo estatal como fonte de regulação, pelo que passou o Estado a reconhecer a autonomia privada das partes componentes das relações laborais, vivificado pela celebração de acordos ou convenções coletivos de trabalho.

Esta especificidade do Direito do Trabalho só veio a ser potencializada pela nova forma de organização do trabalho, principalmente face à exclusão de milhões de trabalhadores do mercado formal, lançando-os numa zona cinzenta onde nem o Estado, nem os sindicatos, pode lhes socorrer face à racionalidade do capital.

Dentre estes trabalhadores excluídos, há de se considerar, aqui, tão somente os autônomos, na acepção jurídica do termo, qual seja, aqueles que assumem o risco de suas atividades, e sem qualquer nexo de subordinação ao tomador, oferecem sua força de trabalho a quem por ela se interesse. Não se trata do falso autônomo, ou seja, aquele trabalhador que, inobstante a ocorrência de todos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, são contratados como *autônomos* por seus reais empregadores, numa clara afronta aos direitos trabalhistas. A estes empregados disfarçados se aplicam o disposto no artigo 9º da CLT e a jurisdição da Justiça do Trabalho.

Os reais trabalhadores autônomos, via de regra aqueles com curso superior ou técnicos especializados, oferecendo suas atividades a mais de um tomador, no mais das vezes poderão obter maior renda do que se fossem empregados de um único empregador. Exemplos clássicos de trabalhadores podem ser encontrados junto aos profissionais liberais, como médicos e advogados.

Pois bem, quando um desses trabalhadores autônomos busca ser contratado, coloca-se ele em uma situação de assimetria e submissão em relação ao tomador de seus serviços. Mais ainda, dada a peculiaridade de suas atividades, com a atomização de sua atuação, não há como surgir, entre eles a mesma noção de categoria social surgida entre os trabalhadores no século XIX, a noção de *proletariado*. No lado do tomador dos serviços, por sua vez, a posição de dominação verificada na relação do trabalho subordinado se reproduz, dado que se encontra em posição de monopólio na fixação de condições de trabalho e de não necessidade da compra do trabalho para a reprodução de seu capital, para a garantia de seu sustento. E, a despeito disso tudo, continuam a doutrina e a jurisprudência a aplicar de modo inquestionável as regras de natureza civil ao autônomo, afastando a jurisdição da Justiça do

Trabalho, como se entre ele e o tomador de seu trabalho houvesse uma igualdade de condições, que por óbvio não existe.

Esta real condição de hipossuficiente do trabalhador autônomo poderia levar à idéia da necessidade de, ou a lei trabalhista passar a integrá-lo como sujeito dos direitos hoje devidos tão somente aos subordinados, ou de leis ordinárias atribuírem a eles alguns direitos hoje devidos somente se previstos nos contratos de prestação de serviços.

Assim, e a despeito da necessidade de se atribuir a este tipo de trabalhadores algumas garantias mínimas, tem-se que as hipóteses no parágrafo anterior citadas não seriam recomendadas, dada a peculiaridade em que o trabalho é prestado. Igualar empregados subordinados a trabalhadores autônomos seria problemático, porque as demais condições da execução da prestação do trabalho se diferem profundamente, criando assim condições que seriam malélicas, ou para um deles, ou para o outro, no intuito de lhes igualar. Mais ainda, teria o legislador federal grande dificuldade em descer à extrema heterogeneidade em que este tipo do trabalho é prestado.

Se é necessária a estipulação e regulamentação de direitos mínimos, observando-se não só a heterogeneidade das formas do exercício da atividade, mas sobretudo considerando-se a real condição econômica de quem toma este serviço, resta apenas a negociação coletiva como hábil a cumprir este desiderato.

O NOVO PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Não se pode mais esperar do Estado um papel hegemônico de regulação do trabalho, dado que, se nem mesmo à época do modelo *fordista* podia ele fazê-lo, não será agora, com a pulverização das relações jurídicas envolvidas, trazidas pelo paradigma *toyotista*, que ele conseguirá atuar. Mas, a necessidade de se garantir direitos mínimos a todos os trabalhadores bem como a inafastabilidade do trabalho como fonte de inserção social, como há pouco se viu, gera a demanda por um novo modo de regulação do trabalho, que passa, inevitavelmente pela negociação coletiva.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores já se encontram devidamente inseridos nos ordenamentos jurídicos da maioria dos Estados nacionais, tendo a Organização Internacional do Trabalho importante papel de fiscalização do cumprimento de suas Convenções. Até mesmo a Organização Mundial do Comércio vem

discutindo a criação de um *selo social*, indicando aos consumidores do mundo todo quais são os países que respeitam os seus trabalhadores, garantindo-lhes um mínimo de segurança, numa clara atitude contra o denominado *dumping social* praticado por várias nações.

Mas, a despeito deste aparato, caberá aos processos negociais, no âmbito da empresa, regular o trabalho, tendo por base mínima inicial os preceitos mínimos fixados na legislação estatal. Neste sentido desde há muito vêm os acordos e convenções coletivos de trabalho, como conhecidos no Brasil, ampliando os direitos dos empregados além destes patamares mínimos em leis heterônomas criados. Os acordos coletivos de trabalho, em se considerando a realidade nacional, e dada a nova realidade econômica, têm sido usados como um efetivo mecanismo de adaptação das cláusulas convencionais à realidade específica de uma ou mais empresas, dado que nem sempre os micro, pequenos ou médios empregadores podem dar a seus empregados todos os direitos estipulados na convenção coletiva de trabalho aplicável à categoria.

Ocorre que, como até aqui demonstrado, mesmo com toda essa amplitude de regulação, muitos ainda restam excluídos de seus mecanismos de proteção, seja porque são trabalhadores autônomos, seja porque se constituíram em empresas individuais, o que afasta, de plano, não só a legislação laboral, mas sobretudo a competência material da Justiça do Trabalho para solucionar eventuais conflitos surgidos. E é aí que se insere um novo papel a ser exercido pela negociação coletiva, qual seja, a de possibilitar a aplicação de suas disposições a um tipo específico de trabalhador, que a despeito de sua assimetria em relação a quem toma seus serviços, é formalmente considerado um igual, que é o caso do trabalhador autônomo.

Em relação a ele, por intermédio de cláusula convencional, passa-se a *inserir* no rol de obrigações do empregador, direitos e deveres para com estes que, de outra forma, estariam excluídos da legislação trabalhista. Assim, a convenção coletiva de trabalho estabeleceria que os empregadores por ela abrangidos, ao contratarem trabalhadores autônomos, atribuiriam aos mesmos a totalidade ou parte das garantias convencionais aplicáveis aos seus empregados. Exemplo disso já é verificado na França, como é o caso dos agentes de seguro em geral e os médicos, em que questões como celebração, aditamento e rescisão contratual, remuneração, treinamento e proteção social em relação aos primeiros e lista de preços de serviços e treinamentos profissionais em relação aos segundos é objeto de negociação coletiva,

conforme demonstra o *relatório Supiot*. (in SUPIOT, Alain, **Beyond Employment** – Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, 2001, Oxford University Press)

Não se trata aqui, por óbvio, de pretender considerar os trabalhadores autônomos como empregados, que eles efetivamente não o são, mas sim de, por intermédio atribuição de *obrigação unilateral ao empregador*, garantir àqueles direitos que só a estes seriam devidos.

Por outro lado, o sindicato dos empregados, nesta norma coletiva, atuaria na defesa dos interesses dos empregados por eles representados, e não dos trabalhadores autônomos, dado que evitará que seus postos de trabalho sejam *terceirizados* em troca de menores custos de produção, no mais das vezes obtidos com o trabalho autônomo. Obtém-se, assim, a legitimidade de representação do sindicato conveniente bem como a natureza jurídica da obrigação do empregador, na hipótese tomador de trabalho autônomo, na celebração do instrumento coletivo, em ambos os casos tratando-se de uma *inovação* em relação ao padrão de negociação há tempos vigente.

É de se ver que ao Estado não caberia tal papel, seja porque a abstração e generalidade das normas heterônomas não seriam hábeis a captar a multiplicidade de atividades profissionais envolvidas nas possíveis relações jurídicas envolvidas, seja porque a própria realidade econômica e produtiva das empresas não poderia ser levada em consideração pelo legislador estatal. E, mais que no modelo *fordista* de produção, é no *toyotista* que este novo tipo de negociação trabalhista realizará seu importante e indelegável papel social, possibilitando que setores profissionais até então marginalizados, sem capacidade de organização ou mobilização que fizessem frente ao poder do empregador, tenham a possibilidade de ver direitos mínimos serem aos mesmos atribuídos, mormente reconhecendo-lhes e tornando-lhes factível não só o princípio do valor social do trabalho, mas sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

Por fim, é de se verificar, por todo o aqui exposto, não de fazer com que o direito se adapte à nova realidade econômica, num ato de subordinação daquele a esta, mas sim de, dentro do próprio direito, e com base em seus mais altos princípios, encontrar novos mecanismos que garantam o controle sobre a racionalidade *reificadora* do capital, que a tudo transforma em mercadoria a ser vendida no mercado.

O CRIME E A TERCEIRIZAÇÃO

Manoel Carlos TOLEDO FILHO¹

O Brasil, como todos nós sabemos muito bem, tem passado por momentos críticos no tocante à questão da segurança pública. As manchetes diárias dos jornais não nos deixam esquecer deste sobremodo triste e inquietador aspecto da nossa vida cotidiana.

E foi justamente nas notícias veiculadas pela mídia que notei certa feita um detalhe que me chamou a atenção.

Vivia-se, então, o auge dos seqüestros. Fala-se, aliás, em uma autêntica “*indústria*” deste ilícito criminal que, felizmente, parece agora haver arrefecido um pouco.

Pois bem. Quando o “negócio” estava indo, por assim dizer, de vento em popa, chegou-se a cogitar da existência de uma “terceirização” de algumas das etapas de desenvolvimento deste crime, tais como a do furto/roubo do veículo que iria servir para a operação, bem como da manutenção e guarda do cativo das vítimas. Estas etapas seriam assim realizadas não por elementos integrantes da quadrilha de seqüestradores, mas por delinquentes outros, especialmente contratados para estes fins.

Coloquei-me então a fazer uma analogia desta situação com aquela que se dá nas atividades lícitas. E conclui que a simetria entre ambas - guardadas, é claro, as devidas e necessárias proporções, *mutatis mutandis*, portanto - é perfeita. Senão vejamos.

A quadrilha, quando terceiriza, o faz por entender que este procedimento pode ser proveitoso para o seu negócio escuso, sob dois diferentes ângulos: o da economia e o da segurança.

Economia porque, na medida em que os ladrões do veículo e as sentinelas do cativo não estarão diretamente vinculados à essência do crime principal,

quer dizer, não irão escolher a vítima, planejar sua captura e negociar o resgate, eles não poderão pretender ser remunerados de acordo com o ganho global/final que disto tudo resulte. Serão pagos mediante um importe fixo, desde logo pré - estabelecido, e que seguramente será bem inferior àquilo que obteriam caso o “lucro” da operação fosse dentre todos eles rateado.

Segurança porque, levando-se em conta que o laço que unirá os meliantes terceirizados ao integrantes do núcleo da quadrilha tenderá a ser tênue e rarefeito; considerando-se que aqueles possuirão acerca destes e de seu objetivo último pouca ou nenhuma informação, mais difícil será para os órgãos de repressão chegar até os principais responsáveis pelo ato criminoso. A atividade de contenção e identificação da empreitada ilícita irá assim a princípio centrar-se na periferia do problema, desviando-se de seu âmago.

Ora, o mesmo se dá nas atividades empresariais legítimas.

Quando uma determinada indústria terceiriza, por exemplo, o seu serviço de limpeza, ela está decerto almejando obter uma economia, que advirá do fato de não ter de pagar aos trabalhadores correlativos os direitos imanescentes à categoria profissional que seja preponderante em seu negócio, tais como: piso salarial, adicional de horas extras, adicional noturno, transporte, alimentação, garantias de emprego, etc., além dos encargos não trabalhistas correspondentes. Ela irá somente repassar à empresa fornecedora de mão de obra aquele importe fixado no contrato civil de prestação de serviços entre ambas celebrado, incumbindo a esta entender-se com os laboristas. Além disto, a empresa dita tomadora também deseja uma segurança, que consistirá justamente em, no caso de eventual inadimplimento dos haveres trabalhistas, responsabilizar-se

⁽¹⁾ Ex assessor de juiz no TRT da 2ª região juiz do trabalho na 15ª região mestre e doutorando em direito pela USP professor da PUC-Campinas.

a empresa prestadora pela sua viabilização. Quer dizer: a terceirização desvia a atenção dos virtuais órgãos ou entidades de repressão – Sindicatos, Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho – do centro do problema, da essência da celeuma, do âmago da questão, a todos empurrando para a periferia da relação jurídico - social que neste contexto se desenvolva.

E as semelhanças não se esgotam aí.

Como os protagonistas da terceirização não possuem a rigor qualquer compromisso com o sucesso do empreendimento terceirizado, pode muito bem acontecer que eles não somente o prejudiquem, mas que inclusive o ponham totalmente a perder. Seria o caso do ladrão que furtasse um veículo com defeito, ou do vigia de cativo que deixasse a vítima escapar. Também assim nos negócios lícitos: a ausência de um nexo formal dos trabalhadores com a empresa tomadora, o explícito desinteresse desta para com a sorte daqueles, pode facilmente induzir a uma postura de desânimo e/ou negligência, que comprometa a qualidade da consecução dos serviços; ademais, são freqüentes os casos em que as empresas fornecedoras de mão de obra, além de não cumprir o seu dever, simplesmente desaparecem, sem deixar rastros nem patrimônio, largando a conta nas mãos de quem as haja contratado.

Mas o que se pretende em suma extrair da analogia em foco?

O que se pretende extrair é que, via de regra, a terceirização do trabalho lícito – único obviamente que para a sociedade interessa – é um malefício a ser combatido. E isto porque:

Não contribui para a integração do empregado à sua genuína e real fonte de renda, que é a atividade desenvolvida pela empresa tomadora;

Não colabora para o aprimoramento da atividade econômica empresarial, pois a redução de gastos que acaso propicie decorre exclusivamente da precarização da relação entre o capital e o trabalho, em detrimento de ambos; deste porque ganha menos do que poderia e deveria ganhar, daquele porque não obtém a qualidade e o comprometimento na realização da labuta que poderia e deveria obter, deste quadro resultando que, evitando a terceirização, estará o empresário não só prestigiando aqueles que lhe prestam serviços, como também efetivando um salutar investimento na otimização de seu empreendimento;

Desfoca o aparato estatal do núcleo da relação de trabalho, embaraçando sua atividade fiscalizadora e reguladora, em prejuízo por conseguinte da sociedade como um todo.

Daí porque, ao esteio do que aliás já se encontra bem delineado por consistente doutrina,² incumbe aos manejadores do direito e do processo do trabalho atuar no sentido de neutralizar os efeitos danosos desta infelizmente tão difundida maneira de proceder, fazendo-o, sinteticamente, de modo dúplice: no campo material, reconhecendo como real empregador aquele que qualquer de suas atividades permanentes terceirize, cuja responsabilidade será assim precípua e ilimitada, deixando-se em segundo plano a empresa prestadora; como corolário, no campo instrumental, desconsiderando a necessidade de intimação ou presença da empresa prestadora no feito trabalhista, já que, ordinariamente, os direitos dos empregados porventura prejudicados estarão devidamente resguardados pelo patrimônio da empresa tomadora, conferindo-se a esta, em primeira linha, o ônus de responder judicialmente aos pleitos formulados.

Tais, dessarte, são nossas conclusões.

⁽²⁾ Vide, a respeito, a obra de Jorge Luiz Souto Maior, **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**, São Paulo, LTr, 2000, páginas 319/322.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Ricardo Ortiz CAMARGO¹

1. INTRODUÇÃO

Matéria de alta relevância jurídica, abrange notadamente o cotidiano dos advogados em suas postulações em juízo, e desperta cada vez mais a inteligência dos doutos em sua conceituação. O instituto é realmente complexo, suscitando fundadas dúvidas e divergências doutrinárias e jurisprudências, mesmo naqueles países como a Alemanha, Áustria e Itália, que consagram de muito tempo.²

2. ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS

No Código de Processo Civil vigente, a matéria vem disciplinada nos artigos 50., 325, 321, 470, e 109. Nos textos anteriores já demonstravam grande alcance da conceituação - As Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 55, Parágrafo 1a., passando às Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 38, pr. e Parágrafo 1o., e as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 50, Parágrafo 1o.

No Código de 1939, havia a ação declaratória incidental de falsidade (artigos 383, Parágrafo Único, e 717 - 719). No artigo 719, "in fine", dizia-se: "Em qualquer hipótese, o processo e julgamento do incidente precederão aos da causa, que será suspensa."

Na primeira obra escrita no Brasil, acerca da matéria, foi registrada na estudiosa monografia da Professora Ada Pellegrini Grinover (escritos anteriores à promulgação do CPC vigente) onde a autora é favorável à ampliação do instituto, além dos estreitos

limites do incidente de falsidade, o que foi plenamente consagrado no novo estatuto processual civil.

Anteriormente ao Código de 1939, em razão dos limites objetivos da coisa julgada, primou a doutrina romana, onde a imutabilidade do julgado somente alcançava a parte dispositiva, ou seja, o "decisum" da sentença, e não os seus motivos e as questões prejudiciais.³ No entanto, em face da publicação do Código de 1939, dada a redação do artigo 287, abriu-se longa discussão, pois segundo este dispositivo, a sentença terá força de lei nos limites das questões decididas, concluindo-se assim "ad litteram" que teriam força de coisa julgada todas as questões prejudiciais que fossem premissa necessária da conclusão. Neste prisma teria o Código preconizado a teoria de SAVIGNY, segundo a qual a coisa julgada atinge não só a decisão mas também os seus motivos objetivos.

O Código vigente não só suprimiu a regra que continha o artigo 287, Parágrafo único, do antigo Código e, conseqüentemente repudiou a teoria de SAVIGNY - por ter realmente várias falhas que desaconselhavam sua adoção - como adotou a solução oposta, com o artigo 469, perfilhando assim o ensinamento da doutrina alienígena, exteriorizada por GOLDSCHMIDT (Derecho Procesal Civil, Trad. Espanhola, p 389), a vista do direito alemão.

Assim, os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial, incidentalmente decidida, não constituem coisa julgada e, portanto, em demanda posterior podem ser reapreciadas, salvo se tal questão prejudicial, for objeto de declaração incidente.

⁽¹⁾ Advogado militante em Campinas. Especialista em Direito Privado, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

⁽²⁾ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Notas sobre a Ação Declaratória Incidental, in Ajuris 27/47.

Tal asseveração, significou no fundo, uma volta as fontes romanas da “res judicata”, que limita a coisa julgada, sob o prisma objetivo, à parte dispositiva da sentença.

O artigo 5o. do Código Civil Brasileiro, introduziu no Direito Brasileiro a ação declaratória incidental, ou declaratória incidente, tendo o artigo 325, repetido em parte o mencionado artigo, contendo de novo apenas a determinação do momento em que o autor deverá propor a sua ação declaratória incidental, quando a litigiosidade da relação prejudicial tenha decorrido da contestação, sendo o prazo de 10 dias descrito neste artigo de natureza peremptória.

3. DOS LIMITES DA COISA JULGADA E NATUREZA JURÍDICA

A declaratória incidental dá as partes a possibilidade de obter uma sentença com força de coisa julgada (se traduz pela imutabilidade dos efeitos produzidos pela sentença limitada a sua extensão as questões decididas – artigo 468 CPC⁴) sobre a relação jurídica de que dependa o pedido contido na ação, evitando assim que esta matéria venha a ser objeto de nova discussão, provas e decisão, em demandas futuras entre as mesmas partes e, que tenham como objeto, ou como prejudicial, a mesma questão. Sua natureza jurídica é ação de natureza declaratória.^{5, 6}

É uma decisão interlocutória a que se repele “in limine” ou põe termo a declaratória incidental antes de

julgada a ação principal, passível, portanto de agravo de instrumento.

Será sentença, se julgado concomitantemente com a que julgar o mérito da causa, passível neste caso de Recurso de Apelação, nos moldes do art. 513 do Código de Processo Civil.⁷

4. CONCEITUAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE

De difícil precisão o conceito de prejudicialidade. Pode-se definir como “prejudicial” toda a questão que constitua, em primeiro lugar, um antecedente lógico de sentença, ou seja, implica na necessidade do julgamento de uma questão (a prejudicial) antes da outra (a prejudicada), visando a consecução do princípio básico da unidade da jurisdição.

Observa-se, portanto, se a questão prejudicial (já pressupondo-se o interesse de agir específico, que surge quando a relação jurídica condicionante for controvertida entre as partes)⁸ for decidida como simples pressuposto lógico do julgamento das ações, nada impede, que futuramente, a matéria venha a receber diversa apreciação em outras lides entre as partes. No entanto, se tais relações jurídicas forem objeto de ação declaratória incidental, a coisa julgada irá impedir, para sempre, que as partes o bem de vida seja reapreciado de maneira diversa.

Desta forma, a destinação, o alvo da ação declaratória incidental, é se evitar nova discussão em

⁽³⁾ CHIOVENDA, Instituições, no. 124 do Vol. I, Página 542.

⁽⁴⁾ “Coisa julgada e preclusão. Inexistente coisa julgada material se as questões decididas foram somente de natureza processual. A incidência do disposto no art. 468 do CPC supõe decisão de mérito” (RSTJ 13/3990). Nota ao art. 468:1a. Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 35ª edição, 2003.

⁽⁵⁾ No magistério de Arruda Alvim “A Ação Declaratória Incidental, uma vez deduzida num certo processo, importará em que a relação jurídica, que se constitui em fundamento do pedido, relação essa objeto de controvérsia, ao invés de ser conhecida “incidenter tantum”, venha a ser com autoridade de coisa julgada. Constituindo-se a ação declaratória incidental uma verdadeira ação, embora agregada a ação principal, a sua forma deverá ser escrita...” (Arruda Alvim, Comentários ao C.P.C. – Comentado – Revista dos Tribunais, Vol. I, pg. 391).

⁽⁶⁾ Quanto a natureza jurídica da ação declaratória incidental – ROSENBERG, D. Proc. Civil, Vol. II. pg. 87 – CHIOVENDA, Instituições, vol. I, pg. 550 – MENESTRINA, La pregiudiciale nel processo civile, Milão, 1963, págs. 212 a 214.

⁽⁷⁾ “Será ‘sentença’, se for proferida juntamente com a que julgar a ação principal; será porém ‘decisão’, passível de agravo, se repelir ‘in limine’ a declaratória incidental ou lhe puser termo, antes de julgada a ação principal (SIMP-conl. XXXIX, em RT 482/272). No mesmo sentido: STJ-4ª Turma, Resp 323.405-RJ, rel. Min. Salvo de Figueiredo, j. 11.9.01, deram provimento, v.u. DJU 4.2.02, p. 386; JTA 106/67, não conhecendo da apelação, RP 4/374, em. 2ª. Nota ao art. 325: 4. Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 35ª edição, 2003.

⁽⁸⁾ Explicita e exemplifica CARNELUTTI “Nosotros llamamos prejudiciales, en sentido técnico, sólo a las cuestiones cuya solución constituye premisa de la decisión también en otros litigios. Por ejemplo, deducida en proceso la pretensión de la mujer a los alimentos, como ésta implica el conocimiento en torno a la validez del matrimonio, puede ser conveniente que este conocimiento se lleve a cabo de una vez para todas, esta es, con eficacia respecto a todas las consecuencias del matrimonio. En este caso se inserta en el proceso el llamado acortamiento incidental” (Sistema, n: 374, Edição Esp.)

processos futuros, sobre questão prejudicial já decidida com robustez de coisa julgada.

Aliás, o eminente CELSO AGRÍCOLA BARBI, em lapidar escólio doutrinal, aduz com maestria:

com ela se evita, pela formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial que esta venha a ser objeto de nova discussão, provas e decisão, em demandas futuras entre as mesmas partes e que tenham como objeto ou como prejudicial a mesma questão. Com seu uso, evita-se também o risco de decisões contrárias sobre a mesma questão nas sucessivas demandas, o que, se não é vedado, pelo menos não é desejável pois acarreta desprestígio para a justiça, pelo menos aos olhos dos leigos, não conhecedores dos problemas técnicos dos processos. (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I, p. 103, Rio de Janeiro).

5. MOMENTO E REQUERIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

O momento adequado a se pedir a declaração incidente, é logo após estar devidamente delimitada nos autos a “res in judicium deducta”, isto é, após ter o réu contestado, ou sendo alegado fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, depois de o autor haver se pronunciado a respeito. (artigo 324)⁹.

Quanto ao requerimento, que deve ser proposto com observância dos mesmos requisitos da petição inicial, este pode ser feito pelo demandante ou pelo

demandado, ou por algum dos litisconsortes, ou pelo assistente litisconsorcial, ou qualquer terceiro que possa atuar como parte, como o oponente, o nomeado à autoria, o litisdenunciado, o chamado ao processo.

6. PROCEDIMENTO

A própria lei (artigo 325, Título VIII, relativo ao Procedimento Ordinário) de um modo geral predetermina o procedimento da ação declaratória incidental, e, é entendimento predominante entre vários juristas que, a mesma sentença julgará o pedido principal e o de declaração incidente^{10, 11}. É a regra, encontrando-se sérias dificuldades processuais, apenas quando a sentença de mérito tiver por pressuposto o julgamento de questões de estado, requerido como declaração incidente, pois nossa lei adjetiva (artigo 265, IV, “c”, artigo 265, Parágrafo 5o.) será o processo, nesse caso, suspenso por prazo não excedente a um ano.

7. COMPETÊNCIA

Cumpri-nos ainda, ao final, assinalar que nos termos do artigo 109 do Código de Processo Civil, o juiz da causa principal é competente para a ação declaratória incidente. Mister, incidirmos esta norma com o consubstanciado no artigo 470, que só admite a eficácia de coisa julgada na questão prejudicial se o juiz for competente em razão da matéria.

O direito pátrio, em face do mencionado artigo 470, que mereceu severas críticas da doutrina¹², dispõe

⁽⁹⁾ Quanto aos autos em que se processa a declaração incidente a doutrina não é pacífica. Para o Prof. Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil), I Vol. Pg. 100) - «O pedido de declaração incidente deve ser processado nos mesmos autos da ação principal, porque, ele não acrescenta à causa nenhuma nova questão de fato ou de direito». Já o Prof. Athos Gusmão Carneiro – obra citada – entende que em face do art. 265, ítem IV, alínea “c”, a ação declaratória incidente leva a formação de processo separado. Para Sergio Sahione Fadel (Código de Processo Civil Comentado, vol. 1, pg. 54) “A ação declaratória incidental, posto o não diga o código, deve ser distribuída ao mesmo juiz competente para o julgamento da ação principal, sendo autuada e apensada aos autos daquele”.

⁽¹⁰⁾ Aduz com maestria peculiar J.C. Barbosa Moreira que, com a propositura da ação declaratória incidental, o órgão judicial “defronta-se com duas ações, a cada uma das quais corresponde um pedido perfeitamente individualizado. A sentença que se pronunciar sobre ambas será objetivamente complexa: conterà na verdade, dois julgamentos, o do pedido primitivo e o do pedido superveniente (formulado pela mesma ou pela outra parte) de declaração da existência ou inexistência da relação jurídica subordinante” (Temas de Direito Processual – Saraiva, 1977, pg. 94).

⁽¹¹⁾ “A ação declaratória incidental deve ser proposta com observância dos mesmos requisitos da petição inicial, à exceção daqueles que já se encontram nos autos” (SIMP-concl. XXVIII, em RT 482/271). No mesmo sentido: RJTJESP 135/306”. Nota ao art. 325: 5. Código de Processo Civil, Theotonio Negrão, 35ª edição, 2003.

⁽¹²⁾ Preleciona Arruda Alvin – “Parece-nos que o artigo 470, quando fala em competência material, pura e simplesmente, cai, também, no mesmo equívoco em que incidira o legislador de 1939 (artigo 798, N: I, a), como também no mesmo lapso que existia no artigo 534, n: II, do Anteprojeto Buzaid. Na medida em que houve a modificação do conteúdo do artigo 534, n: II, para o que consta do artigo 485, n: II, falando-se agora, em nova lei, em competência absoluta, evidencia-se que o sentido do artigo 470 é o de referir-se à competência absoluta, muito embora fale, trocando o gênero pela espécie, só em competência material” (Arruda Alvin, ob. cit., pg. 418).

na verdade sobre o requisito de admissibilidade da ação declaratória incidental. Pode-se dizer, sob o aspecto da competência, para ela poder ser requerida é apenas o de ser o juiz da ação principal competente, também para ela em razão da matéria. Se não for, a declaratória somente poderá ser ajuizada em outro processo, perante juiz para ela competente, sendo, pois, em tal caso defeso o “simultaneus processus”¹³.

A incompetência em razão do território ou do valor não impedem o pedido de declaração incidental, porque o juiz da ação principal passa a ser competente para a demanda reconvencional, por força do já mencionado artigo 109.

Ao mesmo passo, é importante para a caracterização da competência para a ação declaratória

incidente o caráter de **prejudicialidade** desta relação a ponto que é comum a lide principal.

8. CONCLUSÃO

Em síntese, de todo o exposto, frise-se que, o grande mérito da ação declaratória incidente, quando pedida pelas partes no momento processual adequado, ou seja, por motivo superveniente ao prazo da contestação (ao réu – art. 5º) ou ao do art. 325 (para o autor) **é o de sua decisão, formar a coisa julgada relativamente a ponto que constitui prejudicial do julgamento do mérito da questão principal.**

Por certo, vários outros aspectos ainda deveriam ser considerados ao novel tema da ação declaratória incidental, inclusive novas teses acerca da matéria, que somente podem ser ostentadas pelos mais doutos.

⁽¹³⁾ Exemplifica o saudoso mestre Buzaid “Ajuizada uma ação de natureza obrigacional ou relativa a direito real, perante Vara Cível, nela não pode ser proposta a ação declaratória incidental que verse sobre causa de estado, porque esta é de competência privativa do juiz de família e sucessões” (Digesto de Processo – Forense, vol. I, verbete – Ação Declaratória Incidental).

DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO CAUTELAR

Nelson de A. Noronha GUSTAVO Jr.¹

PREMISSAS BÁSICAS

Na ação cautelar, a parte provoca o órgão judicial a efetivar providências no sentido de assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não alcançada a decisão final da prestação jurisdicional. Nas palavras do Prof. Humberto Theodoro Júnior, citando o Min. Alfredo Buzaid (exposição de motivos, de 1972) “surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo ‘a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução’ e tendo por elemento específico a prevenção.”

Embora o art. 798 do CPC indique que, em existindo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, o juiz poderá determinar a medida cautelar, é certo que “demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um.” “Não há discricionariedade no ato do juiz, que deve ater-se ao comando emergente da Lei. Presentes os pressupostos, não pode deixar de conceder a liminar; ausentes, deve denegá-la.”

Consoante disposição do Código de Processo Civil pátrio (art 796), o provimento cautelar pode ser autônomo (quando instaurado antes do processo principal) ou incidental (quando instaurado depois do processo principal). Daqui, extrai-se o caráter instrumental do processo cautelar, sempre buscando tutelar e garantir o êxito do processo principal (seja de conhecimento ou de execução). Por serem instrumentais

e/ou acessórios, ou seja, por servirem de instrumento para garantir a eficiente e eficaz prestação jurisdicional no processo principal, os provimentos cautelares são de natureza provisória, podendo ser revistos e/ou terminados em qualquer instante. Com efeito, a decisão proferida no processo cautelar possui eficácia temporária e provisória, sempre dependente daquilo que for decidido no processo principal.

Além das medidas cautelares específicas do processo civil (seqüestro, arresto, produção antecipada de provas, apreensão de títulos, etc.), existem as chamadas medidas cautelares atípicas ou inominadas, oriundas do poder geral de cautela atribuído aos juízes para que eles concedam medidas cautelares não previstas pela legislação, conforme o caso apresentado exija (art. 798 e 888 do CPC).

MEDIDA CAUTELAR E PROCESSO CAUTELAR

É sempre pertinente lembrar, como indicou o Professor Livre-docente da USP, Dr. Rodolfo de Camargo Mancuso, que “medida cautelar” não se confunde com “processo cautelar”. “Medida cautelar é espécie, de que ‘processo cautelar’ é gênero, ou seja, ‘medidas’ (providências) de ordem cautelar são geralmente concedidas no seu instrumento ou veículo próprio, que é o processo cautelar. Mas, ‘medidas cautelares’ existem que podem ser pedidas em outros processos, que não o cautelar (v.g.: a liminar no mandado de segurança, que é um processo de conhecimento, com um rito sumário; o arresto, o seqüestro, medidas cautelares próprias do processo de execução; o embargo liminar, na nunciação de obra nova (CPC, art. 973), ação inserida nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, etc). Isto sem falar nas medidas cautelares

⁽¹⁾ Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

de cunho administrativo, em que sequer há uma 'lide cautelar', sendo a atividade jurisdicional de caráter meramente homologatório ou chancelatório, como se dá nas vistorias, nas notificações."

A DECISÃO OU ORDEM JUDICIAL

O inciso V, do art. 14 do Código de Processo Civil

A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, alterou a redação do art. 14 do Código de Processo Civil, no qual mandou incluir o inciso V, com o que ficou estabelecido "caber às partes e a todos quantos de qualquer forma participem do processo, cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final".

Esse dispositivo legal é meramente explicitante. Assim como constitui dever de todos cumprir a lei, também é dever de todos respeitar os provimentos judiciais. Cuida-se de deveres inerentes à condição de pessoa que vive em um Estado de Direito, que participa, querendo ou não, do pacto social.

Referindo-se a lei a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, abrangeu a explicitação a toda e qualquer pessoa cuja conduta tenha ou possa ter repercussão, direta ou indireta, no processo. Ninguém fica dela excluído.

Decisão mandamental

As decisões judiciais impõem obrigações e as obrigações em geral dividem-se em duas categorias, ou são obrigações de dar, ou são obrigações de fazer. Referindo-se o inciso V, do art. 14, do Código de Processo Civil, a decisões *mandamentais*, esse dispositivo está referindo-se a todas as decisões que consubstanciem uma *ordem*, decisões das quais decorra para a parte uma obrigação de *fazer* ou de *não fazer* alguma coisa.

Decisão antecipatória ou final

Referindo-se a decisão *antecipatória* ou *final* o dispositivo em tela está dizendo que a decisão pode ser a que tenha sido proferida em juízo liminar, ou em juízo definitivo. Abrange, pois, as medidas liminares, sejam elas concedidas em mandado de segurança ou em ação

cautelar, ou de qualquer outro tipo, e abrange as sentenças definitivas em quaisquer ações.

Em outras palavras, a norma do art. 14, inciso V, do Código de Processo Civil, e as decisões *mandamentais* proferidas em qualquer espécie de processo e em qualquer momento processual.

O DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO E A SANÇÃO

1. Configuração do descumprimento

1.1. Dever de fazer ou não fazer algo

Diante de uma decisão mandamental, algo deve ser feito, ou deve deixar de ser feito. Assim, a conduta de não fazer o que deve ser feito, ou de fazer o que não deve ser feito, configura o descumprimento da decisão e enseja, portanto, a sanção prevista no parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil.

Em princípio, é fácil identificar-se esse descumprimento. Podem existir, porém, situações nas quais essa identificação não seja simples.

1.2. Questionamento do mérito da decisão

Ressalte-se que a parte, ou qualquer pessoa que de qualquer forma participe do processo, não pode questionar a validade da decisão buscando escusar-se de seu cumprimento. A decisão proferida pelo Poder Judiciário, ainda que efetivamente situada fora do quadro das decisões possíveis em face do sistema jurídico, nele se encarta por força do princípio da competência, de sorte que a parte contra a qual é proferida não pode fazer nenhum questionamento sobre o seu mérito. Não pode escusar-se de cumpri-la alegando que é incorreta, que fere a ordem jurídica, que tem esse ou aquele defeito que a invalida. Admitir o contrário seria colocar a parte na condição de juiz do juiz, o que evidentemente seria um absurdo.

Existe uma tendência natural de considerarmos errado tudo quanto se dirige contra nossos interesses. Por isto mesmo é que o juiz é suspeito para o julgamento das suas causas nas quais tem interesse. Assim, seria absurdo admitir-se que alguém, sendo parte em um processo, pudesse apreciar com isenção as decisões no mesmo proferidas.

Também não se pode admitir o descumprimento de decisão judicial a pretexto de que a mesma é obscura. Se aquele a quem é dirigido o mandamento judicial tem dúvida quanto ao sentido ou ao alcance deste, deve interpor embargos de declaração. Ou, então, adotar o comportamento determinado dando ao mandamento o sentido e o alcance capazes de lhe conferir a maior efetividade possível.

A única via onde a parte, ou o terceiro prejudicado com a decisão judicial, pode questionar a respeito de sua validade, é a via do recurso.

1.3. O direito de recorrer

Realmente, a lei assegura tanto à parte como ao terceiro eventualmente prejudicado, o direito de recorrer contra as decisões judiciais que contrariem os seus interesses. As decisões judiciais são, em princípio, recorríveis. Assim, diante de uma decisão judicial aquela que seja por ela alcançada poderá interpor recurso. Para tanto deve verificar qual é o recurso cabível no caso concreto.

Os recursos podem ter, e podem não ter efeito suspensivo. Se o recurso cabível no caso não tem efeito suspensivo, sua interposição não basta para suspender os efeitos da decisão. E mesmo quando o recurso tem efeito suspensivo, sua interposição ainda não basta para que tal efeito se produza. É preciso que o recurso seja recebido, quer dizer, que a autoridade responsável por seu encaminhamento despache afirmando que o recebe.

Existem recursos que podem ser recebidos com ou sem efeito suspensivo. Assim, em se tratando de um desses recursos, o despacho de recebimento do recurso é ainda mais importante, pois ele definirá se a parte fica, ou não fica desobrigada do cumprimento da decisão nela atacada.

Tem sido muito freqüente a situação na qual uma autoridade apontada como coatora em mandado de segurança deixa de cumprir a liminar no mesmo concedida a pretexto de haver sido requerido a suspensão da execução da medida, ou interposto agravo de instrumento. É evidente, porém, que nem o pedido de suspensão da medida liminar, nem a interposição do agravo de instrumento, elidem a configuração do descumprimento da decisão concessiva da medida liminar. Só a decisão que suspende a execução da liminar, ou a que confere efeito suspensivo ao agravo de instrumento, afastam o dever de cumprir o que na liminar foi ordenado.

Outro aspecto importante a ser considerado diz respeito ao cabimento do recurso.

Quando o recurso não seja cabível, sua interposição evidentemente não impede que se configure o descumprimento da decisão recorrida. E como incabível se há de considerar aquele que seja interposto fora do prazo para esse fim estabelecido. Entretanto, se o recurso é recebido pela autoridade competente, e tem efeito suspensivo, ou a ele é atribuído efeito suspensivo pela autoridade competente, o dever de cumprir a decisão recorrida fica suspenso até que o órgão para o qual foi dirigido o recurso sobre ele se manifeste.

1.4. Abuso do direito de recorrer

O direito de recorrer pode, como qualquer direito, ser exercido regularmente, ou ser exercido abusivamente. Em outras palavras, é possível que exista em tese o direito de recorrer, mas no caso concreto o recurso seja de tal forma desprovido de probabilidade de êxito que se tenha a sua interposição como um abuso do direito de recorrer.

Muitas outras situações podem configurar-se, com as mais diversas variantes, de sorte que não se pode desde logo estabelecer uma regra a todas elas aplicável. Assim, cabe ao juiz, em cada caso, avaliar se está realmente configurado, ou não, o descumprimento da decisão, como suporte da incidência da norma sancionadora.

Seja como for, tem-se de considerar que a multa somente será exigível a partir do trânsito em julgado da decisão cujo descumprimento ensejou sua aplicação, como adiante se verá.

2. RESPONSABILIDADE PELO DESCUMPRIMENTO

O parágrafo único do art. 14, do Código de Processo Civil, diz que o Juiz pode, no caso de descumprimento de ordens judiciais, “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa”. O responsável é aquele que agiu com dolo ou culpa. Pode ser a própria parte, se pessoa natural, ou quem a corporifica, se a parte é pessoa jurídica de direito privado, ou de direito público.

O dispositivo em tela refere-se a parte, mas se refere também a qualquer pessoa que participe do

processo. Se a responsabilidade fosse sempre da parte, seria supérflua a referência a essas outras pessoas. Mas essa referência a outras pessoas foi feita exatamente para alcançar aqueles que, sem serem parte, atuam em nome ou a favor desta. E como a conduta punível de que se cuida é inspirada em elemento subjetivo - dolo ou culpa -, fez-se necessária para alcançar os que corporificam as pessoas jurídicas, eis que estas jamais atuam com dolo, ou culpa.

A multa, no caso, não tem natureza compensatória, posto que não se destina ao patrimônio do prejudicado com o descumprimento da decisão, mas ao patrimônio Fazenda Pública. Seu único objetivo é desestimular a conduta violadora do dever de cumprir as decisões judiciais. E tem por fundamento o elemento subjetivo, de sorte que por ela é responsável em primeiro plano a pessoa natural autora da conduta reprovável.

O raciocínio que conduz à conclusão de que a multa é aplicável à parte (pessoa jurídica) e não a quem a corporifica (pessoa natural) diretamente responsável pelo descumprimento da decisão judicial não é sequer um raciocínio lógico. Mas, ainda que o fosse, não poderia prevalecer pois, como afirma Perelman, com inteira propriedade, “seja qual for a técnica utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, com a aceitabilidade social da decisão. Essa preocupação basta para salientar a insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão.”

Quando a parte seja a Fazenda Pública a interpretação segundo a qual a multa seria aplicável à parte e não a quem a corporifica mostra-se ainda mais inaceitável, pois na generalidade dos casos implicaria anular a própria norma instituidora da sanção. Realmente, tendo-se a Fazenda Pública colocada como devedora e simultaneamente credora da multa, restaria inteiramente anulada a norma em questão.

Como assevera, com inteira propriedade, Leonardo José Carneiro da Cunha, a multa de que se cuida constitui crédito do Estado “porque o descumprimento dos deveres contidos no inciso V do art. 14 do CPC é tido como *ato atentatório à dignidade da jurisdição*, ofendendo, em última análise, a prestação da prestação jurisdicional, cujo atendimento compete

ao Estado preservar. Havendo ato atentatório à dignidade da jurisdição, o credor da multa é o próprio Estado, a quem compete tutelar e defender o interesse público primário, que é o interesse de toda a coletividade.”

Não é razoável, pois, sustentar-se, que sendo o Estado responsável pela prestação jurisdicional, cuja prestação lhe cabe preservar, tutelando e defendendo o interesse público primário, possa ele próprio, cometer um *ato atentatório à dignidade da jurisdição*. Quem comete esse ato na verdade é o servidor público que não está realmente preparado para o desempenho de suas atribuições em um Estado de Direito. A este, portanto, cabe suportar a sanção correspondente.

3. A MULTA COMO RECEITA PÚBLICA

A multa de que trata o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, repita-se, não tem natureza indenizatória ou compensatória. Ela se destina simplesmente a desestimular a conduta das pessoas físicas ou naturais que atuam como parte, ou como órgãos de partes pessoas jurídicas. Seu objetivo essencial é a preservação da ordem jurídica, interesse essencial e primário do Estado.

Tramitando na Justiça Federal o processo, sede da decisão descumprida, a multa constitui receita da Fazenda Nacional. Tramitando o processo na Justiça Estadual, a multa será receita da Fazenda Estadual.

4. VALOR E EXIGIBILIDADE DA MULTA

O valor da multa deve ser fixado pelo juiz que a aplica, tendo como limite máximo vinte por cento do valor da causa. O juiz deve levar em consideração a gravidade da infração. Em outras palavras, nessa tarefa o juiz deve levar em consideração o grau da culpa e a intensidade do dolo.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, embora a lei não o determine expressamente o juiz deve considerar também a condição econômica daquele a quem aplica a multa, em especial o valor da remuneração por este percebida, bem como a importância político-administrativa das funções que exerce.

A multa deve ser paga no prazo para tanto fixado pelo Juiz, mas esse prazo só começa a correr *do trânsito em julgado da decisão final da causa*.

Assim, se a decisão cujo descumprimento motivou a aplicação da multa é objeto de recurso, o multado não pode ser compelido a fazer o correspondente pagamento. O prazo fixado para tanto pelo juiz só começa a correr na data em que transitar em julgado a decisão que não foi cumprida.

5. INSUBSISTÊNCIA DA MULTA COM A REFORMA DA DECISÃO DESCUMPRIDA

Questão das mais importantes consiste em saber se subsiste, ou não, a multa, uma vez reformada a decisão cujo descumprimento ensejou a sua aplicação. Pode-se sustentar que sim, porque o descumprimento, como ato ilícito que ensejou a sanção, deu-se quando a decisão estava operando os seus naturais efeitos. Caracterizado o descumprimento, a reforma da decisão descumprida apenas retiraria a norma de complementação da norma penal em branco.

Ocorre que o parágrafo único, do art. 14, do Código de Processo Civil, estabelece que a multa só se torna exigível com o trânsito em julgado da decisão final da causa. Assim, se a decisão final da causa torna insubsistente aquele provimento mandamental, seja ele inerente a uma decisão antecipatória ou final, cujo descumprimento ensejou a aplicação da multa, é razoável entender-se que a multa não subsiste. A não ser assim, não se justificaria estabelecer que o prazo para o seu pagamento começa da data em que transita em julgado a decisão final da causa.

Dir-se-á que essa interpretação amesquinha o poder coercitivo da multa, levando a parte a descumprir o provimento na esperança de que a decisão que ela tenta fazer valer seja a final reformada. E isto é verdade. Mas, a interpretação segundo a qual a multa subsiste mesmo quando reformada a decisão cujo descumprimento ensejou sua aplicação tem o grave defeito de estimular decisões arbitrárias, que não devem ser estimuladas porque o juiz é humano e como tal eventualmente pode abusar do seu poder.

A insubsistência da multa em face da reforma da decisão que ensejou sua aplicação na verdade pode estimular a parte à conduta desobediente. Essa desobediência, porém, será sempre responsável. Aplicada a multa, a parte saberá que se não a cumprir estará correndo o risco de, uma vez mantida a decisão, ser-lhe exigida a multa. Assim, é razoável admitir-se que só vai desobedecer ao provimento judicial se estiver sinceramente convencida de que o mesmo é ilegal e será reformado pela instância superior.

Podem também ocorrer situações nas quais, mesmo insubsistente a decisão final da causa na qual fora emitido um provimento anterior desobedecido, que ensejara aplicação da multa, seja razoável a subsistência desta, porque a reforma ou o anulamento da decisão final repouse em fundamentos que não invalidam o provimento desobedecido. E podem também ocorrer situações nas quais a decisão final na causa seja mantida, mas se tenha como insubsistentes as razões que levaram o juiz a aplicar a multa pelo descumprimento de provimento anterior. Assim, pensamos que a instância superior deve, sempre que tenha havido a aplicação da multa de que trata o parágrafo único, do art. 14, do Código de Processo Civil, manifestar-se sobre a mesma, mantendo ou afastando a multa em face das circunstâncias que até então se fizeram conhecidas nos autos.

Em qualquer hipótese a instância superior deve manifestar-se a respeito da subsistência, ou não, da multa em questão. No silêncio da instância superior, entende-se que subsiste a multa, posto que, tendo sido fixada em decisão expressa e específica do magistrado, o seu afastamento há de depender de decisão expressa da instância superior.

5.1.O Processo de Aplicação da Multa

5.1.1. Incidente processual

A multa deve ser aplicada mediante despacho do juiz, proferido nos autos do processo sede da decisão desobedecida. Esse despacho pode ser proferido de ofício, ou diante de provocação da parte interessada, e deve ser fundamentado. Nele o juiz deve indicar as razões pelas quais está convencido de se haver configurado o descumprimento de uma decisão mandamental, e de quem é o responsável por tal ilícito.

Pode também o juiz estabelecer desde logo, na decisão mandamental, a multa que será devido na hipótese de seu descumprimento. Talvez este seja o procedimento mais recomendável, pois funciona como advertência para que a pessoa responsável pelo cumprimento do mandamento judicial medite sobre sua responsabilidade. De todo modo, penso que será sempre necessário um despacho posterior, no qual o juiz vai afirmar configurado o descumprimento da decisão, consumada a imposição da multa e fixado o prazo para o seu pagamento

5.1.2. O direito de defesa contra a multa

Àquele contra quem seja aplicada a multa deve ser sempre garantido o direito de defesa, que há de ser exercido nos autos do processo sede da decisão descumprida, no prazo de cinco dias, salvo se o juiz fixar prazo maior. Penso que o juiz não pode fixar prazo inferior a cinco dias, que é o estabelecido em lei para os casos de omissão, mas pode fixar prazo maior, em benefício do interessado no exercício de seu direito de defesa.

É importante observar-se que o exercício do direito de defesa por quem tenha sido multado na condição de agente público exige advogado para esse fim constituído pelo interessado. A defesa, em tais casos, não pode ser feita pelo procurador da Fazenda, porque ele em tal caso estaria advogando contra a Fazenda, o que não lhe é legalmente permitido.

Em muitos casos pode ocorrer que a Fazenda, parte no processo, seja credora da multa. Em tais casos mais clara se mostra a incompatibilidade entre a função de procurador da Fazenda e advogado do agente público multado. O conflito entre o interesse da Fazenda Pública, credora da multa, e do agente público, devedor desta, estará muito claro.

CONCLUSÃO

O Art. 461, parágrafo 4º do CPC.

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

(...).

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

A Lei n. 8.952/94 deu nova redação ao *caput* do art. 461 e parágrafos, esses inspirados no art.84 do Código de Defesa do Consumidor.

Por visar, ao fim do processo, a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer,

claro está que se trata de ação de conhecimento condenatória.

Antes da criação do novo instituto, o inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer se resolviam em perdas e danos, caso não se sujeitasse o devedor ao cumprimento da obrigação objeto de contrato.

Com o surgimento do novo instituto processual da tutela específica, a regra da conversão da obrigação em perdas e danos antes adotada passou a constituir-se em exceção, assumindo a execução específica o papel de regra geral.

Pelo novo instituto é permitida a conversão da tutela específica em perdas e danos apenas no caso de haver pedido expresso do autor da demanda neste sentido ou de impossibilidade material da execução específica.

A fim de possibilitar o cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer, impedindo a sua conversão em perdas e danos, é dado ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária (*astreintes*) de valor elevado a fim de compelir o inadimplente ao cumprimento da obrigação acordada, concedendo-lhe, para isto, prazo razoável.

As *astreintes* podem ser fixadas ou alteradas tanto pelo juiz da ação de conhecimento quanto pelo da execução, caso se mostre necessária a sua instituição ou majoração ou diminuição, com o fito de dar efetividade à sua natureza inibitória. A alteração das *astreintes*, fixadas pelo juiz da ação de conhecimento, pelo juiz da execução, não se constitui em ofensa à coisa julgada, posto que decorre da aplicação à parte da sentença da cláusula *rebus sic stantibus*.

BIBLIOGRAFIA

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A tutela específica do credor nas obrigações negativas” In: **Temas de Direito Processual**. 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 31.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, apud **Reforma do Código de Processo Civil**, coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

O CÓDIGO DO CONTRIBUINTE DO ESTADO DE SÃO PAULO

André Luís Firmino CARDOSO¹

Vigora desde 04/04/2003, a Lei Complementar Estadual nº 939, que instituiu o Código de direitos, garantias e obrigações do Contribuinte, pessoa física e jurídica, do Estado de São Paulo.

Por oportuno, vale registrarmos que antes de São Paulo, outros Estados tomaram a iniciativa de ter esse Código, quais sejam, o de Minas Gerais, por meio da Lei nº 13.515, de 07/04/2000 e o de Mato Grosso do Sul, através da Lei nº 2.211, de 08/01/2001.

Não obstante, os preceitos do Código em referência devem ser observados, seguidos e atendidos pelo Estado de S. Paulo quando estiver exigindo de seus contribuintes os impostos de sua competência, por exemplo, o ICMS e o IPVA.

Parece-nos que há nessa lei instituidora do Código do contribuinte paulista, a vontade de explicitar princípios, direitos ou garantias fundamentais já assegurados na Constituição Federal de 1988, que por ocupar o topo da escala hierárquica das leis integrantes do nosso ordenamento jurídico, também é chamada de Lei Maior.

Mas por que foi necessário criar a lei em questão, se já existe uma outra lei (Constituição) hierarquicamente superior a ela e que assegura praticamente os mesmos direitos? A resposta é simples, porém de difícil digestão: porque nem sempre as autoridades deste país cumprem o que está em nossa Constituição.

Em que pese isso, mencionaremos algumas normas do referido Código e procuraremos apontar a existência de identidades ou semelhanças delas com as da Constituição Federal, a fim de que cada cida-

dão-contribuinte conheça os seus direitos e, assim, possa exigir que eles sejam respeitados.

Pois bem. O art. 2º, II, do Código, diz que um de seus objetivos é “proteger o contribuinte contra o exercício abusivo do poder de fiscalizar, de lançar e de cobrar tributo instituído em lei”; enquanto a Constituição Federal-CF, em seu Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), Seção II (na qual está inserido o art. 150), cuida das limitações do poder de tributar.

Outro objetivo do Código, previsto em seu art. 2º, III, é o de “assegurar a ampla defesa dos direitos do contribuinte no âmbito do processo administrativo-fiscal em que tiver legítimo interesse”, sendo que esta norma, de certo modo, é repetida pelo Código no art. 4º, XIV, que elenca como um dos direitos do contribuinte a “não-obrigatoriedade de pagamento imediato de qualquer autuação e o exercício do direito de defesa, se assim o desejar”, bem como no art. 5º, IV, que dentre as garantias do contribuinte, estipula “a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da duplicidade de instância no contencioso administrativo-tributário...”; ao passo que a CF, no art. 5º, LV, reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Código, no art. 4º, II, estatui como direito do contribuinte “a igualdade de tratamento, com respeito e urbanidade em qualquer repartição pública do Estado”; a CF, por sua vez, determina em seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

⁽¹⁾ Advogado; associado ao escritório Leite e Narezzi Advogados Associados; pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas; atualização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à USP; e membro da Associação Paulista de Estudos Tributários. E-mail: andre@leiteenarezzi.com.br

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”, e em seu art. 150, II, prevê que *é vedado* “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida...”.

O contribuinte também tem “o acesso a dados e informações, pessoais e econômicas, que a seu respeito constem em qualquer espécie de fichário ou registro, informatizado ou não, dos órgãos da Administração Tributária”, como um direito, nos termos do art. 4º, IV, do Código; por seu turno, a CF, de acordo com o art. 5º, XXXIII, contempla que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade...”, já o art. 5º, LXXII, “a”, dispõe que *conceder-se-á habeas data*, “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Outro direito do contribuinte, segundo o art. 4º, VII, do Código, é “a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres constantes de registros ou autos de procedimentos de seu interesse em poder da Administração Pública...”; sendo que, *independentemente do pagamento de taxas*, o art. 5º, XXXIV, “b”, da CF, assegura a todos “a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

Também “o encaminhamento, sem qualquer ônus, de petição contra ilegalidade ou abuso de poder ou para defesa de seus direitos”, está previsto no art. 4º, XIX, do Código, como direito do contribuinte; nesse sentido *e independentemente do pagamento de taxas*, a CF, no art. 5º, XXXIV, “a”, assegura a todos “o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Mais um direito do contribuinte é “o ressarcimento pelos danos causados por agente da

Administração Tributária, agindo nessa qualidade”, que encontra-se disposto no Código, em seu art. 4º, XX; nessa linha, a CF, em seu art. 37, § 6º, determina que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...”.

Já dentre os deveres da Administração Tributária está o de atuar “em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público, eficiência e motivação dos atos administrativos”, conforme art. 8º do Código, que praticamente reprisa o conteúdo dos arts. 37 e 93, X, da CF.

A Administração Fazendária, quando do julgamento do processo administrativo-tributário, tem ainda o dever de proferir decisão devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, nos moldes do art. 12 do Código e do art. 93, IX, da CF.

Vale destacarmos, por fim, que o Código em foco, em seu art. 22, instituiu o Conselho Estadual de Defesa do Contribuinte-CODECON, que tem, em síntese, a missão de atuar na proteção dos interesses dos contribuintes. Referido Conselho foi instalado em 13/10/2003 pelo governador do Estado, e passou a receber em março do ano corrente, as reclamações, consultas ou sugestões dos contribuintes paulistas, que podem ser encaminhadas para os seguintes endereços da cidade de São Paulo-Capital: Av. Paulista, 119 – local onde fica o Serviço Social do Comércio e são realizadas as reuniões do CODECON –, e Rua Dr. Plínio Barreto, 285 – onde fica a sede atual da Federação do Comércio do Estado de S. Paulo.

Portanto, esperamos que os fundamentos, objetivos, princípios, direitos ou garantias assegurados na Constituição e no Código em tela, sejam, concreta e efetivamente, respeitados e cumpridos por nossas autoridades, para que o contribuinte paulista possa ter uma relação jurídico-tributária igualitária, segura, digna e justa com o Fisco e, assim, possa se sentir, como pessoa que é, cidadão.

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing

Rua Pedro Álvares Cabral, 183 – Campinas – S.P. – Fone Fax (19) 3255-6311

E-mail: editora@beccari.com.br

Impresso por: Gráfica e Editora Flamboyant Ltda

Rua João Quirino do Nascimento, 493 Campinas – S.P. Fone Fax (19) 3252-6835

E-mail: flamboyant@dglnet.com.br

Revista Jurídica

PUC
CAMPINAS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA